Tendances récentes de la responsabilité des banques dans les opérations de transferts électroniques de fonds

Thunis, Xavier

Published in:
R.D.A.I.

Publication date:
1991

Document Version
le PDF de l'éditeur

TENDANCES RÉCENTES DE LA RESPONSABILITÉ DES BANQUES DANS LES OPÉRATIONS DE TRANSFERTS ÉLECTRONIQUES DE FONDS (1)

RECENT TRENDS AFFECTING THE BANKS' LIABILITY DURING ELECTRONIC FUND TRANSFER OPERATIONS

Xavier THUNIS*

1. Les transferts électroniques de fonds font un peu penser à l'Arlésienne de Bizet : on en parle beaucoup, on y réfléchit beaucoup, mais on ne les voit jamais! Les juristes ont été amenés à s'interroger sur cette réalité intangible et à se poser la question suivante : dans quelle mesure l'introduction des nouvelles technologies de l'information (N.T.I.) informatique, télécommunications, télématique crée-t-elle des risques nouveaux et des responsabilités nouvelles pour le banquier ? Telle est la question à laquelle on tentera de répondre de façon générale en recourant, le plus souvent possible, aux sources de droit existantes, contrats, jurisprudence et parfois dispositions ou projets de dispositions législatives.

1. Electronic fund transfers are rather reminiscent of Bizet's Arlésienne : they are frequently spoken of, much though about, but never seen ! Lawyers have been led to ponder on this tangible reality and to ask themselves the following question : to what extent does the introduction of new information technologies [data processing, telecommunications, telematics] create new risks and new liabilities for the banker ? It is this question that will be addressed very generally here, with frequent reference to existing legal sources, contracts, case law and occasionally to legal directives or draft legal directives.

I. DÉFINITION - NOTION

I. DEFINITION AND CONCEPT

2. Soulignons tout d'abord le caractère un peu imprécis et mal défini de l'expression «transferts électroniques de fonds» (TEF), ce qui contribue à accroître le mystère qui entoure le sujet.

2. What must be stressed first of all is the rather imprecise and badly defined nature of the expression «electronic fund transfer» (EFT), which makes its own contribution to the air of mystery which surrounds the subject.

* Directeur adjoint du CRID, Namur - Belgique

In current parlance, the expression is generally used to describe withdrawal services from automated bank teller machines and payment services via a point of sale terminal or a home terminal.

Dans le langage courant, l'expression est généralement employée tant pour désigner des services de retrait auprès des guichets automatiques de banque que des services de paiement par le biais d'un terminal point de vente (T.P.V.) ou d'un terminal à domicile.

But this is only part of the story. There is another aspect which the user of payment instruments does not see - the invisible part of a payment operation. This is the relationship between the banks which has been given over to advanced automation by the major players in the league.

Ce n'est pas tout : il y a ce que l'utilisateur des instruments de paiement ne voit pas, l'invisible d'une opération de paiement, les relations interbancaires qui, les premières, ont fait l'objet d'une automatisation poussée.

The phenomenon, therefore, affects both relations between the banks and the bank/client relationship. This leads to the *initial problem* of developing a *global* approach towards the effects of automation, starting with the issuing of the order by a transferor, via its transmission to the interbank exchange networks, right through to final payment of the transfers by crediting his account.

Le phénomène touche donc tant les relations entre les banques que la relation banque-client. D'où une *première difficulté* : avoir une approche *globale* des effets de l'automatisation sur l'ensemble du circuit, à partir de l'émission de l'ordre par un donneur d'ordre, en passant par sa transmission dans les réseaux d'échange interbancaires jusqu'au paiement final du bénéficiaire par crédit de son compte.

The *second problem* is that automation can be more or less advanced depending on the type of relations envisaged, and can give rise to what is sometimes known as «semi-electronic movements of funds». Thus, in the case of cheque truncation, there is also a document which is written and signed by the customer when the order is issued, namely the cheque. However, the cheque is no longer physically transmitted between banks. The banks exchange certain data (amount, name of the drawer, and so on) relating to the cheque, without actually moving the cheque. This excludes the possibility of certain traditional safety procedures, such as checking the signature. It will, therefore, be necessary to reconcile the somewhat stringent rules governing the issuing and circulation of cheques with rules instituting new control and exchange procedures at the inter-bank level.

Deuxième difficulté : l'automatisation peut être plus ou moins poussée suivant le type de relations qu'on envisage et donner lieu à ce qu'on a parfois appelé des «mouvements semi-électroniques de fonds». Ainsi, en cas de non-échange de chèques (check truncation), il y a toujours un titre écrit et signé par le client à l'émission de l'ordre, le chèque, mais celui-ci ne fait plus l'objet d'une transmission physique dans les relations interbancaires. Les banques s'échangent certaines données (montant, nom du tireur...) relatives au chèque sans qu'il y ait transport de celui-ci, ce qui rend impossibles certains contrôles classiques comme le contrôle de signature. Il va donc falloir concilier les règles assez strictes régissant l'émission et la circulation des chèques avec les règles instaurant de nouvelles procédures de contrôle et d'échange au niveau interbancaire.

The *third problem* is that automation is a *polymorphous* phenomenon : magnetic tapes, diskettes, remote transmission from a terminal, cards with magnetic strips or microchips are all methods used to transfer funds. This technical diversity makes a global approach to the phenomenon difficult since the lawyer finds himself lost in a maze of technical minutiae and loses sight of the fundamental legal questions, particularly those of proof and liability.

Troisième difficulté : l'automatisation peut elle-même prendre des formes très diverses. Le phénomène est *polymorphe*: bandes magnétiques, disquettes, télétransmission par terminal, cartes à pistes magnétiques ou à puce, autant de moyens utilisés pour procéder aux transferts de fonds. Cette diversité technique rend difficile une approche globale du phénomène car le juriste finit par être obnubilé par les caractéristiques techniques et perd de vue les questions juridiques fondamentales, preuve et responsabilité notamment.

3. Cette difficulté est remarquablement mise en évidence dans les rares essais qui ont été tentés pour légiférer sur le sujet. Des critères bien différents sont utilisés.

Ainsi, l'Electronic Fund Transfer Act (EFTA), réglementation fédérale américaine entrée en vigueur le 10 mai 1980, indique § 903(6) «... the term «electronic fund transfer» means any transfer of funds, *other than a transaction originated by check, draft or similar paper instrument* ...». Le critère retenu est celui de la disparition du support papier. La loi américaine ne considère cependant que le déclenchement de l'ordre qui doit être émis par un consommateur et non les relations interbancaires, celles-ci sont réglées notamment par le nouvel Article 4A du Uniform Commercial Code (U.C.C.) qui s'applique aux «wholesale transfers». Quant aux récentes recommandations européennes du 8 décembre 1987 (JOCE 24 décembre 1987, L 365/72) et du 17 novembre 1988 (JOCE 14 novembre 1988, L 317/55), elles se concentrent sur un instrument particulier de déclenchement, le paiement par carte.
Bref, diversité des approches, diversité des critères.

3. This problem is particularly noticeable in the rare attempts which have been made to legislate on the subject. A wide range of criteria have been used.

Thus, § 903 (6) of the Electronic Fund Transfer Act (EFTA), the American federal regulation which came into effect on 10 May 1980, states that «... the term «electronic fund transfer» means any transfer of funds, *othan than a transaction originated by check, draft or similar paper instrument* ...» The criterion adopted the disappearance of the paper medium. However, American law takes account only of the issuing of the order, which must be carried out by a consumer, and ignores interbank relations, which are regulated, in particular, by the new Article 4 A of the Uniform Commercial Code (UCC) which applies to «wholesale transfers». Similarly, the recent European recommendations of 8 December 1987 and 17 November 1988 concentrate on a particular instrument - payment by card.

4. Pour aboutir à une définition correcte, il faut partir du constat suivant qui est fondamental. Dans l'opération de transfert électronique de fonds, le *compte* tient une place centrale. Les transferts électroniques de fonds ne sont jamais que des échanges automatisés de messages du client à la banque, entre les différentes banques et puis de la banque au bénéficiaire, échanges de messages qui aboutissent finalement par un jeu d'écritures au débit et au crédit des comptes respectifs. Il n'y a pas d'échange de «fonds» à proprement parler, mais des variations de débit et de crédit aux comptes concernés, celles-ci pouvant s'opérer plus rapidement grâce à l'emploi de techniques automatisées. En droit, l'effet essentiel de ces techniques automatisées est d'aboutir à une *dématérialisation* des opérations, c'est-à-dire à une disparition totale ou partielle de l'écrit signé lors de l'émission, de la transmission ou de l'exécution d'ordres de paiement.

4. The following basic established fact may be taken as a starting point : the *account* plays a central role in the electronic fund transfer operation. Electronic fund transfers are never any more than the automated exchange of messages from the client to the bank, between different banks and then from the bank to the transferee. This exchange of messages finally results in a set of written messages to debit or credit the respective accounts. No «funds» are exchanged as such, the procedure simply involves variations in the debits and credits to the accounts concerned, which can be carried out more quickly due to the use of automated techniques. In law, the basic effect of these automated techniques is a *dematerialisation* of the operations, that is to say the total or partial disappearance of the written paper which is signed at the time of issuing, transmission or execution of payment orders.

Les transferts électroniques de fonds peuvent donc être définis comme l'ensemble des techniques de virement qui ont pour effet, d'une part, d'éliminer totalement ou partiellement le recours à des documents papier signés pour émettre ou exécuter des ordres de paiement; d'autre part, de remplacer ces documents papier par des impulsions électroniques susceptibles d'être traitées directement par ordinateur (2).

Electronic fund transfers may therefore be defined as the set of payment techniques which have the effect, on the one hand, of totally or partially eliminating the use of paper documents bearing a written signature for issuing or executing payment orders and, on the other hand, of replacing these paper documents by electronic pulses which can be processed directly by computer.

This is an extremely broad definition which enables the legal problems raised by EFTs to be studied between the various actors involved :
- between banks
- between banks and their customers, whether these customers are companies (corporate banking) or private individuals (retail banking).

Définition extrêmement large qui permet d'étudier les problèmes juridiques posés par les TEF dans les relations entre les différents acteurs impliqués :
- entre banques
- entre les banques et leur clientèle, qu'il s'agisse d'entreprises (corporate banking) ou de particuliers (retail banking).

II. LEGAL SOURCES

II. SOURCES DE DROIT

5. These are three types of source corresponding to three possible approaches to the phenomenon.

5. Trois types de sources existent qui correspondent à trois types d'approches possibles du phénomène.

1) Contractual approach

1) Approche contractuelle

A whole series of contracts exists between banks and their customers. These contracts regulate the legal problems resulting from the use of automated techniques.

Toute une série de contrats existent entre les banques et leur clientèle. Ceux-ci règlent les questions juridiques soulevées par l'emploi de techniques automatisées.

These are notably contracts drawn up with *consumers* who use their cards at point of sale terminals (PST) or automated teller machines (ATM).

Ce sont notamment les contrats passés avec les *consommateurs* utilisateurs de cartes introduits dans des terminaux point de vente (T.P.V.) ou des guichets automatiques de banque (G.A.B.).

It also includes contracts drawn up with *companies* using magnetic tapes for transmitting orders and the so-called «homebanking» contracts which are also drawn up with companies which want to issue transfer orders from terminals on their premises.

Ce sont aussi les contrats passés avec les *entreprises* portant sur l'utilisation des bandes magnétiques pour la transmission des ordres et les contrats dits de «banque à domicile» passés également avec les entreprises qui souhaitent émettre des ordres de transfert à partir de terminaux installés sur leur site.

Despite their diversity, all these contracts govern the same type of problem. They determine in particular :
- the conditions for accessing the service;
- the obligations of the holder of the means of access (vigilance and confidentiality in protecting the means of access);
- the liabilities of the parties in case of loss or theft;
- the proof of the operations carried out (since the written signature disappears, the permissible elements of proof and conclusive evidence associated with it must be determined).

Au-delà de leur diversité, tous ces contrats règlent le même type de problème. Ils déterminent notamment :
- les conditions d'accès au service;
- les obligations du titulaire des moyens d'accès (vigilance et confidentialité dans la garde des moyens d'accès);
- les responsabilités des parties en cas de dépossession ou de vol;
- la preuve des opérations (la signature manuscrite disparaissant, il faut déterminer les éléments de preuves admissibles et la force probante qui s'y attache).

2) Associative Approach

2) Approche associative

As the use of electronic methods for processing and transmitting orders becomes more widespread, associative structures emerge.

Avec la diffusion des modes électroniques de traitement et de transmission des ordres, on assiste à l'émergence de structures associatives, qu'elles prennent la forme d'une

association de fait, d'un groupement d'intérêt économique ou encore d'une société coopérative.

Tel est le cas des groupements assurant le transport des messages sur un plan national comme Banksys en Belgique ou encore sur un plan international, SWIFT par exemple.

This is the case of those groups which carry messages at the national level, such as Banksys in Belgium, or internationally, such as SWIFT.

C'est aussi le cas des chambres de compensation nationales en Belgique, le CEC (Centre d'échanges d'opérations à compenser), en France SAGITTAIRE ou, à vocation internationale, comme CHIPS par exemple.

This is also applied to the national clearing houses, the CEC in Belgium (Centre for the Exchange of Clearing Operations), SAGITTAIRE in France, or CHIPS in the USA.

Tous ces groupements parfois contrôlés étroitement par les autorités publiques secrètent leur propres règles, règles déterminant les normes à observer par leurs membres et les responsabilités de ceux-ci en cas d'incidents de paiement. Ceci est particulièrement frappant dans le cas de SWIFT qui, de façon très précise, délimite, dans ses statuts et autres «Policy volumes», les obligations des institutions financières émettrices et destinatrices ainsi, d'ailleurs, que les siennes propres.

Although sometimes tightly controlled by the public authorities, all these groups have their own rules to regulate the standards to be upheld by their members and their liabilities where problems occur with payments. This is particularly striking in the case of SWIFT which, very precisely, delimits, in its statutes and other «policy volumes», both its own obligations and those of the sending and receiving financial institutions.

3) Approche législative et paralégislative

Même si les TEF sont un phénomène relativement neuf, ils ont déjà suscité pas mal d'initiatives législatives qui ne seront pas examinées ici en détail. On connaît les lois aux Etats-Unis, au Danemark ou en France sur les cartes. Il est intéressant de relever que le caractère international et technique de la matière paraît bien assigner au droit étatique certaines limites : on voit ainsi émerger des principes directeurs (C.C.I.), un Guide juridique d'ailleurs remarquable sur les TEF (CNUDCI), un Code de bonne conduite européen en matière de paiement par carte (v. *supra*). On dira que ce phénomène est classique. Certes, mais ce qui l'est moins c'est que les autorités publiques elles-mêmes, nationales ou européennes, non contentes d'associer les acteurs concernés ou certains d'entre eux à la création et à la reconnaissance de normes de bon comportement, adoptent elles-mêmes la technique des codes de bonne conduite ou de la recommandation. On voit ainsi naître des formes douces ou mitigées de l'intervention publique.

3) Legislative and paralegislative approach

Even though EFTs are a relatively new phenomenon, they have already given rise to a number of legislative initiatives which will not be examined in detail or even listed here. The laws of the United States, Denmark and France governing the use of cards are known. It is interesting to note that the international and technical nature of the subject appears to assign certain limits to national law : so there have emerged regulatory principles (CCI), a particularly notable Legal Guide relating to ETFs (UNCITRAL) and a European code of good conduct relating to payment by card (see above). This is, perhaps, a classic phenomenon, although the behaviour of the national or European public authorities is less traditional. As they themselves adopt the techniques of codes of good behaviour or guidelines. We can thus see the birth of «soft» or mitigated forms of public intervention.

III. THE BANKER'S LIABILITY IN RELATION TO ETF. PROBLEMS WITH PAYMENT

6. A wide range of risks or incidents relating to payment are possible. They can be classified into three categories.

1° In the first set of hypotheses, there is no order from the authorised transferor. This may be attributable to an error by the financial institution, usually the result of fraud, whereby a third party uses the means of access of a legitimate title holder in order to make a transfer.

2° In the second set of hypotheses the order is correctly issued by the authorised transferor, but the transfer proves to be irregular, either in terms of the amount or identity of the transferee. This can either be due to error or fraud.

3° The genuine order is correct in all aspects and remains correct, but it is not carried out by the bank or execution is delayed due to, for example, a failure or interruption of the data processing system.

This outlines in very rough terms the main risks inherent in the issuing and execution of transfer orders. The realisation of these risks can occasionally give rise to considerable damages : loss of all or part of the principal amount, loss of interests and even loss of a contract due to the imposition of penalty clauses because the order has not been preformed correctly (see Evra Corp. below).

IV. OVERVIEW OF THE BANKER'S LIABILITY IN RELATION TO ETF

7. Several hypotheses of the banker's (or bankers') liability in relation to ETF may now be examined, distinguishing between the type of relationships involved (relationship between the bank and the transferor - company or consumer) first of all, and then interbank relations.

SECTION 1. RELATIONSHIP BETWEEN BANK AND TRANFEROR

A. The transferor is a company

III. RESPONSABILITÉ DU BANQUIER EN MATIÈRE DE TEF. INCIDENTS DE PAIEMENT

6. Nombreux sont les risques ou les incidents possibles en matière de paiement. On peut les regrouper en 3 catégories.

1° Dans une première série d'hypothèses, il n'y a pas d'ordre émanant de l'émetteur autorisé, ce qui peut provenir d'une erreur de l'institution financière, ce qui provient le plus souvent d'une fraude, un tiers faisant usage des moyens d'accès du titulaire légitime pour effectuer un transfert.

2° Seconde série d'hypothèses : l'ordre est régulièrement donné par l'émetteur autorisé mais le transfert s'avère irrégulier, soit dans son montant, soit en ce qui concerne le bénéficiaire. Il peut s'agir d'une erreur ou d'une fraude.

3° L'ordre régulièrement donné est correct à tous points de vue et le demeure mais il n'est pas exécuté par la banque ou fait l'objet d'une exécution tardive suite par exemple à une panne ou une interruption du système informatique.

Tels sont esquissés, à très grands traits, les principaux risques inhérents à l'émission et à l'exécution d'ordres de transfert. La réalisation de ces risques peut donner lieu à des dommages parfois élevés : perte du montant principal en tout ou en partie, pertes d'intérêts, mais aussi perte d'un contrat suite à l'application de sanctions contractuelles parce que l'ordre n'a pas été exécuté correctement (v. *infra* Evra Corp.).

IV. APERÇU D'ENSEMBLE DE LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER EN MATIÈRE DE TEF

7. Examinons maintenant quelques hypothèses de responsabilité du ou des banquiers en matière de TEF en distinguant suivant le type de relation, relation entre la banque et le donneur d'ordre - entreprise ou consommateur- d'abord, relations interbancaires ensuite.

SECTION 1. LA RELATION ENTRE LA BANQUE ET LE DONNEUR D'ORDRE

A. Le donneur d'ordre est une entreprise

1) Dispositions contractuelles

8. Une entreprise souhaite procéder à l'émission d'ordres de transfert par voie automatisée en reliant son propre système informatique à celui de l'institution financière.

Des contrats portant des dénominations diverses «Electronic Banking», «Télématique financière», comportent toute une série de stipulations relatives à la mise en route du service, aux modalités d'accès au système, à la disponibilité du système, aux normes de sécurité à prendre tant par le client que par l'institution financière en ce qui concerne la conservation et le renouvellement périodique des codes d'accès. On examine ci-après deux types de clauses.

a) Clauses relatives à la survenance d'une cause étrangère

9. Une *première clause* classique établit que «la banque s'engage à apporter tout soin et diligence à l'exécution des prestations. Toutefois, la responsabilité de la banque ne saurait être engagée pour toutes erreurs ou anomalies dues aux défaillances et au mauvais fonctionnement des réseaux publics de transmission de données». Il n'y a pas là d'extension significative par rapport au droit commun.

Un *deuxième type de clause* élargit sensiblement le concept de force majeure en indiquant par exemple que «la banque ne peut en aucun cas être tenue pour responsable d'une interruption temporaire du service due à des événements indépendants de sa volonté comme, par exemple, une panne, une coupure des lignes téléphoniques, des grèves ou des circonstances justifiant une telle interruption, notamment des travaux visant à améliorer l'appareillage existant. La banque prendra toutefois toutes les mesures en son pouvoir pour limiter au maximum de telles interruptions».

La grève ne constitue pas automatiquement un cas de force majeure mais les parties peuvent prévoir que toutes les grèves seront considérées comme cause exonératoire.

Quant à la panne, de quel type de panne s'agit-il ? Panne d'électricité ? Incendie ? Panne d'ordinateur, erreur dans un logiciel bloquant tout un système de traitement ?

Cette dernière hypothèse constitue incontestablement un élargissement de la notion de force majeure. A notre avis,

1) Contractual provisions

8. A company wants to issue orders using automated means by linking its own data processing system with that of the financial institution.

Contracts with names such as «Electronic banking», «Financial telematics» comprise a whole range of stipulations relating to implementation of the service, the means of access to the service, the availability of the system, the security standards to be upheld both by the customer and by the financial institution in relation to the holding and periodic renewal of access codes. Two types of clause are examined below.

a) Clauses relating to the unforeseen occurence of an outside cause

9. A traditional *first clause* establishes that «the bank undertakes to perform its services with all due care and diligence. However, the bank is not liable for any errors or anomalies arising from breakdown or other failures of the public data transmission networks». This does not deviate significantly from common law.

A *second type of clause* considerably broadens the concept of force majeure by indicating for example, that «the bank may under no circumstances be held liable for a temporary interruption of the service due to events beyond its control, such as a breakdown, the telephone lines being cut off, strikes or circumstances justifying such an interruption, particularly for work leading to improvement of the existing equipment. The bank shall, however, take all measures in its power to limit such interruptions to a minimum».

As such, strikes do not automatically constitute a case of force majeure, but the parties can stipulate that any strike will be considered as an exculpatory factor.

As far as breakdowns are concerned, the problem is to decide what type of breakdown is involved - power cut, fire, computer failure or software bug which blocks an entire processing system.

The inclusion of this last case unquestionably broadens the concept of force majeure. In the

author's opinion, the bank should, in principle, have access to back-up equipment which is sufficient to permit the system to continue to operate (*see below*).

la banque devrait disposer en principe d'un équipement de remplacement suffisant pour permettre au système de continuer à fonctionner (v. *infra*).

A *third type of clause* is conceivable here, whereby the transferring bank is exempt from any liability for delays or losses caused by the intermediary banks, clearing houses, interbank carriers (such as SWIFT) and, more generally, by the services of a third party. This type of clause is rarely found in «Electronic Banking» contracts, but is frequently found in general regulations governing operations.

On peut citer un *troisième type de clause* par laquelle la banque transférante s'exonère de toute responsabilité en cas de retard ou de perte causée par les banques intermédiaires, les chambres de compensation, les transporteurs interbancaires (comme SWIFT) et, de façon générale, par les services d'une tierce partie. C'est un genre de clauses qu'on retrouve peu dans les contrats d'«Electronic Banking» mais assez souvent dans les règlements généraux des opérations.

10. Such a clause, although clearly understandable from the viewpoint of the transferring bank, creates difficulties at the legal level from a legal stand point ? On the one hand, it is normal for a bank not to want to be held liable for the faults of a third party. In certain cases, the bank has no real choice of third party : recourse to clearing houses may be imposed by the law or the transferor himself may have required a transfer via the SWIFT network. In other cases, the choice is reasonable: a well-known and trusted bank chosen as the correspondent bank goes bankrupt, which could not have been foreseen. On the other hand, the *transferor*, by virtue of such a clause, is deprived of any right of action against his own bank and does not, in principle, have direct contractual recourse against the correspondent bank (unless it is considered that the transferor benefits from some sort of stipulation covering other parties involved in the agreement between the banks - but this is very uncertain. As for action on a delictual basis (based on Article 1382 of the Civil Code), this is uncertain and questionable from a theoretical viewpoint.

10. Une telle clause, bien que compréhensible du point de vue de la banque transférante, crée des difficultés sur le plan juridique. D'une part, il est normal qu'une banque ne souhaite pas être tenue responsable des fautes commises par un tiers. Dans certains cas, elle n'a pas vraiment le choix de ce tiers: ainsi, le recours aux chambres de compensation peut-il être imposé par la loi, ainsi encore le donneur d'ordre lui-même a exigé un transfert par le réseau SWIFT. Dans d'autres cas, le choix peut être justifiable: ainsi, une banque bien connue et de confiance, choisie comme banque correspondante, a fait faillite, ce qui était imprévisible. D'autre part, le *donneur d'ordre*, en vertu d'une telle clause, est dépourvu de tout droit d'action contre sa propre banque irresponsable du fait de tiers et n'a, en principe, aucun recours contractuel direct contre la banque correspondante (sauf si l'on considère - ce qui est conjectural - que le donneur d'ordre bénéficie d'une sorte de stipulation pour autrui incluse dans l'accord conclu entre les banques). Quant à l'action en responsabilité délictuelle, sur base de l'article 1382 du Code civil, elle est incertaine et critiquable sur le plan théorique.

This situation may not find a satisfactory solution within the framework of the traditional rules on liability. Even if the transferor's bank has not been negligent in its choice of third party, is it fair to impose the risk of the operation on the transferor ?

Force est de reconnaître que cette situation ne trouve pas de solution satisfaisante dans le droit de la responsabilité «classique». Quand la banque du donneur d'ordre n'a pas commis de négligence dans le choix du tiers, est-il équitable de faire supporter le risque de l'opération par le donneur d'ordre ?

For this reason, some writers advocate that the risks be imposed on the transferor's bank, referring to the field of transportation of goods which is governed by the CMR convention. This stipulates that «the carrier shall be responsible ... for

C'est pourquoi certains auteurs préconisent de mettre les risques à charge de la banque du donneur d'ordre, en se référant au domaine du transport des marchandises régi par la convention CMR. Celle-ci prévoit que «le transporteur

répond ... des actes et omissions de ses préposés et de toutes autres personnes aux services desquelles il recourt pour l'exécution du transport». Il s'agit là d'un précédent intéressant qui pourrait alimenter la réflexion pour d'éventuelles directives sur les transferts électroniques de fonds.

acts and omissions of its agents and of any other persons whose services he might use for performance of the carriage». This is a significant precedent which could inspire possible guidelines relating to electronic fund transfers.

b) Clauses relatives aux transferts non autorisés - Preuve des opérations

b) Clauses relating to unauthorised transfers - proof of operations

11. La clause qui suit illustre la façon dont les contrats règlent l'hypothèse de la fraude: «Les conséquences directes ou indirectes pouvant éventuellement découler de l'emploi abusif du service, soit par des utilisateurs désignés, soit par des tiers, ne peuvent être mises à la charge de la banque. Par la présente, l'abonné reconnaît assumer l'entière responsabilité d'une utilisation abusive».

11. The following clause illustrates the way in which contracts deal with the consequences of possible fraud: «The direct or indirect consequences which might result from the misuse of the service, either by authorised users or by third parties, shall not be borne by the bank. The subscriber hereby agrees to assume full responsibility for such misuse».

Le client est responsable du comportement frauduleux de ses employés, habilités ou non, et même des tiers. Son compte pourra donc être débité du montant des transferts effectués sur base d'ordres même falsifiés. Le fondement de la responsabilité mise à la charge du client pourrait être recherché dans le concept classique de faute, encore qu'une approche en terme de risque semble plus adéquate. Ce type de solution est compréhensible puisque le client a - ou devrait avoir - la maîtrise des lieux d'où émane l'ordre de transfert.

The customer is responsible for the fraudulent actions of his employees (authorised or not) and those of third parties. His account may, therefore, be debited in the amount of any transfers carried out even if they are forged. The justification for liability resting with the customer could be found in the traditional concept of fault, although the concept of risk appears a more appropriate basis. This type of solution is understandable because the customer controls - or should control - the locations from which the order is issued.

On remarque d'ailleurs que sous couvert des clauses réglant des problèmes de *preuve*, le client voit sa responsabilité étendue à la transmission du message entre son système et celui de sa banque.

It should also be noted that the customer's liability can also be extended to cover the transmission of the message between his computer system and that of the bank through the use of clauses governing evidentiary problems.

Ainsi, les contrats règlent soigneusement la charge de la preuve en prévoyant par exemple que «le journal des transactions effectuées (le «logging»), établi par la banque, constitue une preuve formelle et suffisante des ordres donnés par l'abonné, et ce quel qu'en soit le montant». Le système fonctionne de la façon suivante : le «logging» issu de l'ordinateur de la banque est supposé reprendre fidèlement les instructions du client. Celui-ci est responsable de l'ordre qui émane de ses locaux jusqu'à ce qu'il parvienne à l'ordinateur de la banque. Il est donc responsable des fraudes commises sur les lignes de transmission entre les locaux de l'entreprise et ceux de la banque. Tout ceci montre qu'il existe un lien étroit entre les questions de preuve et de responsabilité.

Thus, contracts painstakingly provide for the onus of proof by stipulating, for example, that «the log (computer generated list of transactions carried out) produced by the bank constitutes formal and satisfactory proof of the orders issued by the subscriber». The system operates as follows. The log generated by the bank's computer is deemed to register the customer's instructions faithfully. This means that the customer is liable for the order issued from his premises until it reaches the bank's computer. He is, therefore, liable for any acts of fraud committed over the telecommunication lines between his premises and the bank. All this shows that there is a close connection between questions of proof and of liability.

12. The transaction must not be of an obviously unusual nature, in which case, it should attract the attention of the bank. A transaction may be of an obviously unusual nature if, for example, the amounts are higher than normal or if the transaction is addressed to a recipient not previously known to the bank. However, the problem with electronic fund transfers is that checks based on a personal element of the transferor tend to disappear, and assessment is relient on the quality of the system implemented.

12. La transaction ne doit pas revêtir un caractère manifestement inhabituel auquel cas elle devrait attirer l'attention de la banque. Le caractère manifestement inhabituel d'une transaction peut s'induire par exemple des montants plus élevés que ceux généralement ordonnés ou encore des destinataires totalement inconnus jusque-là. Le problème cependant avec les transferts électroniques de fonds est que les contrôles basés sur un élément personnel du donneur d'ordre tendent à disparaître et que l'appréciation se déplace alors sur la qualité du système mis en place.

If the fraud has been facilitated by an inadequate security system implemented by the bank, it appears that the bank's liability is brought into play. Although it is true that the customer (a company and, therefore, a professional) chooses his means of payment, the banker (as a professional credit organisation) should be held primarily responsible for the data processing system he offers for organising and rationalising his banking services.

La fraude peut avoir été rendue possible par une insuffisance du système de sécurité mis en place par la banque. Dans ce cas, la responsabilité de la banque semble engagée, car s'il est vrai que le client (une entreprise et donc un professionnel) a le choix d'un mode de paiement, il est tout aussi vrai que le banquier, en tant qu'organisme de crédit professionnel, est en première ligne responsable du système informatique qu'il propose pour l'organisation et la rationalisation des services bancaires.

13. In the United States, twelve states have adopted a new Article 4A relating to electronic fund transfers. This new Article, which covers wholesale wire transfers stipulates, in particular, that «... A payment order received by the receiving bank is effective as the order of the customer, whether or not authorised if (i) the security procedure is a commercially reasonable method of providing security against unauthorised payment orders ...» (§ 4 A 202(b)). «Commercial reasonableness of a security procedure is a question of law to be determined by considering the wishes of the customer expressed to the bank, including the size, type and frequency of payment orders normally issued by the customer to the bank, alternative security procedures offered to the customer, and security procedures in general use by customers and receiving banks similarly situated» (§ 4 A 202(c)).

13. Aux États-Unis, une douzaine d'États américains ont adopté un nouvel article 4 A relatif aux transferts électroniques de fonds. L'article qui couvre les transferts électroniques de fonds professionnels (wholesale wire transfer) prévoit notamment: «...A payment order received by the receiving bank is effective as the order of the customer, whether or not authorized if (i) the security procedure is a commercially reasonable method of providing security against unauthorized payment orders ...» (§ 4 A 202(b)). «Commercial reasonableness of a security procedure is a question of law to be determined by considering the wishes of the customer expressed to the bank, including the size, type and frequency of payment orders normally issued by the customer to the bank, alternative security procedures offered to the customer, and security procedures in general use by customers and receiving banks similarly situated» (§ 4 A 202(c)).

The principle involves imposing the burden of implementing reasonable security arrangements on the bank. These must be capable of preventing frauds because the bank is in the best position to implement such arrangements. A similar approach has been adopted by the UNCITRAL working party.

Le principe consiste à faire reposer sur la banque la charge de mettre en oeuvre un dispositif de sécurité raisonnable, susceptible de prévenir les fraudes car c'est la banque qui est la mieux placée pour ce faire. Une approche similaire a été adoptée par le groupe de travail UNCITRAL (A/CN9/W6 IV/WP 39 p. 12 and seq.).

2) Jurisprudence: retard dans l'exécution de l'ordre (Evra Corp. v. Swiss Bank Corp (673 F.2 d 951)

14. Les faits valent d'être relatés en détail.

En 1972, la firme Hyman Michaels, un négociant en ferraille de Chicago (devenu Evra Corp en 1976) conclut un contrat de fourniture de 2 ans avec une société brésilienne. Hyman Michaels loue un bateau, le «Pandora», destiné au transport de la ferraille. En vertu du contrat d'affrètement, le paiement mensuel de la location du bateau devait être effectué 15 jours à l'avance; en cas de retard, le propriétaire du bateau se réservait le droit de résilier le contrat. Le loyer était payable par transfert bancaire au compte du propriétaire du bateau à la Banque de Paris et des Pays-Bas à Genève.

Généralement, Hyman Michaels ordonnait à la Continental Bank de Chicago, où la firme avait son compte, d'effectuer un transfert électronique de fonds (wire transfer) sur le compte de l'armateur en Suisse. La procédure était la suivante : Continental débitait Hyman Michaels du montant du transfert et envoyait ensuite un telex à son agence de Londres à transmettre à la Swiss Bank, banque correspondante de la Continental à Genève, cette dernière transférant le montant au compte des propriétaires du bateau tenu par la Banque de Paris. Le compte de la Swiss Bank à la Continental était à son tour crédité du montant du transfert. En juin 1972, au moment de la location du Pandora, le marché était favorable à Hyman Michaels mais les loyers se mirent à augmenter, si bien que le propriétaire du bateau chercha à plusieurs reprises à résilier le contrat pour non respect des échéances.

Le 25 avril 1973, Hyman Michaels téléphone le matin à la Continental et lui demande de transférer 27.000 US $ sur le compte de l'armateur à la Banque de Paris, pour payer le loyer correspondant à la période du 27 avril au 11 mai 1973.

Le contrat prévoyant le paiement anticipé, celui-ci devait être effectué avant la clôture des bureaux le 26 avril. La Continental envoie un télex à son bureau londonien le 25 avril, télex qui arrive en soirée. Le lendemain, dès le début de la matinée, l'opérateur du télex à Londres essaye à plusieurs reprises d'établir la liaison avec la Swiss Bank. En vain. Il essaie alors un autre numéro de la Swiss Bank,

2) Jurisprudence : delays in the execution of the order (Evra Corp. v Swiss Bank Corp)

14. A detailed discussion of the facts is useful at this point.

In 1972, Hyman Michaels Company, a Chicago-based scrap metal dealer (which became Evra Corp. in 1976) entered into a two-year supply contract with a Brazilian company. Hyman Michaels chartered a ship, the «Pandora», to carry the scrap. Under the terms of the charter, monthly payment for the hire of the ship was to be made two weeks in advance and, if not made on time, the Pandora's owner could terminate the contract. Payment was to be made by bank transfer to the owner's account at the Banque de Paris et des Pays-Bas in Geneva.

The usual method used by Hyman Michaels was to request the Continental Bank of Chicago, where the company had its account, to make a wire transfer of funds to the shipowner's Swiss bank account. The procedure was as follows. Continental would debit Hyman Michael's account by the amount of the payment and would then send a telex to its London office for retransmission to Swiss Bank, its correspondent bank in Geneva, asking Swiss Bank to deposit the amount in the Banque de Paris account of the ship's owner. In turn, Swiss Bank's account at Continental would be credited by the same amount. When Hyman Michaels chartered the Pandora in June 1972, the market was in its favour, but the charter rates began to climb and the ship's owner made several attempts to terminate the contract for reasons of late payment.

On the morning of 25 April 1973, Hyman Michaels telephone Continental and asked for $ 27,000 to be transferred to the Pandora's owner at the Banque de Paris in payment for the charter hire period from 27 April to 11 May 1973.

Since the charter contract stipulated payment in advance, payment has to be carried out before the close of business on 26 April. Continental sent a telex to their London office on 25 April, which reached England during the night. Early the next morning, the telex operator in London made several unsuccessful attempts to contact Swiss Bank. The operator then tried another Swiss Bank number in the foreign exchange department. This

machine acknowledged receipt of the message. However, the Swiss Bank did not act on the payment order and no transfer was made to the shipowner's Banque de Paris account. Nobody knows exactly what sent wrong, although there was some speculation that the receiving telex machine had run out of paper such that the message was never printed. On the morning of 27 April, Hyman Michaels was notified by telex that the charter contract had been terminated for reasons of non-payment.

celui des opérations de change. L'appareil de la Swiss Bank accuse bonne réception du message. Néanmoins, la banque suisse ne donne pas suite à l'ordre de paiement et aucun transfert n'est effectué sur le compte de l'armateur, à la Banque de Paris. Pour des raisons inconnues. On suppose que le télex destinataire du message manquait de papier de sorte que le message ne fut jamais imprimé. Hyman Michaels est averti par télex le 27 avril au matin que le contrat de frêt est résilié en raison du non-paiement.

Days passed while the banks unsuccessfully searched for the lost telex message, and finally Swiss Bank suggested that Continental should retransmit the message. This was done on 1 May. The next day (2 May), Swiss Bank attempted to deposit the money in the shipowner's Banque de Paris account, but the payment was refused.

Des jours durant, les banques cherchent en vain la trace du message télex égaré et finalement, la Swiss Bank suggère à la Continental de lui renvoyer le message, ce qui est fait le 1er mai. Le jour suivant (2 mai), la Swiss Bank tente de déposer la somme sur le compte de l'armateur à la Banque de Paris mais le paiement est refusé.

A panel of arbitrators concluded that the shipowner was entitled to terminate the agreement because Hyman Michaels, although blameless until the morning of 27 April, had not done everything in its power to rememdy the situation. The arbitrators held that Hyman Michaels should have immediately issued a duplicate ordern rather than relying on the banks to resolve the problem.

Un panel d'arbitres estime que l'armateur est en droit de résilier le contrat car Hyman Michaels, irréprochable jusqu'au 27 avril en matinée, n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour remédier à la situation. Les arbitres considèrent que Hyman Michaels aurait dû donner immédiatement un nouvel ordre au lieu de laisser les banques résoudre le problème.

Hyman Michaels then brought an action against Swiss Bank in order to receover both its expenses in the arbitration procedure and the loss of profits resulting from termination of the highly advantageous contract. [After termination of the contract, Hyman Michaels had to pay a charter hire fee double that of the previous rate]. In the end, due to cross claim and counter claim procedure, all the banks were involved in the case.

Hyman Michaels se retourne alors contre la Swiss Bank afin d'obtenir le remboursement des dépenses d'arbitrage et du manque à gagner résultant de la résiliation du contrat fort avantageux (Hyman Michaels avait dû, suite à la résiliation, payer un loyer double du loyer antérieur). Finalement, par le jeu de la procédure, toutes les banques se retrouvent assignées.

15. The case was tried by a district judge without a jury. The judge held that the case was governed by the law of the State of Illinois, and that, under it, Swiss Bank had been negligent. This negligence had resulted in the loss suffered by Hyman Michaels. Swiss Bank had been negligent. This negligence had resulted in the loss suffered by Hyman Michaels. Swiss Bank was, therefore, liable to Hyman Michaels for $ 2.1 million in damages ($15,000 for arbitration costs and the rest in lost profits). Neither Hyman Michaels nor Continental were held to be negligent.

15. Au premier degré (522 F supp 820 ND III, 1981), le juge considère que l'affaire est régie par la loi de l'Etat d'Illinois. En vertu de celle-ci, la Swiss Bank s'est montrée négligente. Cette négligence est à l'origine de la perte subie par Hyman Michaels. Dès lors, la Swiss Bank est tenue de verser des dommages-intérêts à Hyman Michaels pour un montant de 2,1 millions d'US $ (15.000 US $ correspondant aux frais d'arbitrage et le reste couvrant le manque à gagner). Ni Hyman Michaels, ni la Continental ne sont considérés comme négligents.

The Court of Appeal reversed the decision, holding that Swiss Bank could not be held liable for consequential damages, even though it had been negligent, because it had not been notified of any

La Cour d'appel réforme la décision, considérant que la Swiss Bank même si elle s'est montrée négligente n'est pas responsable des dommages indirects (consequential dama-

ges) parce qu'elle n'a pas été informée des circonstances particulières liées à la transaction de base .

16. La décision illustre bien les problèmes typiques que l'on rencontre en matière de transferts électroniques de fonds.

- Le choix de la loi applicable lors d'un litige opposant des parties de nationalités différentes. Sans approfondir la question ici, signalons-en l'importance.

En vertu de la loi suisse, la banque n'est pas responsable vis-à-vis d'une personne avec laquelle elle n'est pas en relation contractuelle (privity of contract). Or, il n'existe pas de contrat entre la Swiss Bank et Hyman Michaels. Par contre, la loi de l'Etat d'Illinois ne comporte pas une telle exigence.

Sans beaucoup justifier, la Cour d'appel a considéré que cette question n'avait pas de conséquence sur la décision finale (p. 955).

- Le type de dommages couverts
En cas de retard dans l'exécution par la banque d'un transfert électronique de fonds, plusieurs types de dommages sont possibles :

. Soit une perte en capital, soit une perte d'intérêts, soit le coût des frais de transmission. En droit américain, ces pertes sont considérées comme des dommages directs ou «généraux» (general damages).
Hyman Michaels n'exigeait pas d'indemnisation pour des dommages directs: le montant du transfert n'était pas perdu, le compte débité ne portait pas d'intérêts, aucun frais ne devait être supporté par Hyman Michaels pour la transmission défectueuse.

. Second type de pertes : les dommages indirects ou dommages spéciaux. A l'origine de ceux-ci, il y a une défaillance ou un retard dans la mise en oeuvre d'un engagement conventionnel (paiement de sommes d'argent) ce qui entraîne l'application d'une clause pénale ou la résiliation d'un contrat fort avantageux.

La loi appliquée par la Cour d'appel dans l'arrêt Evra prévoit que seuls les dommages généraux (general damages) sont pris en compte et donnent lieu à indemnisation à

special circumstances linked to the transaction under consideration.

16. This decision provides a good illustration of the typical problems encountered in the context of electronic funds transfers.

- The choice of applicable law when the parties to litigation are of different nationalities. This will not be discussed in detail here, although the importance of the issue should be emphasised.

Under Swiss law, the bank cannot be held liable to someone with whom it is not in privity of contract, and there was no contract between Swiss Bank and Hyman Michaels. In contrast, Illinois State law does not have such a privity requirement.

However, without much justification, the Court of Appeal held that this issue did not have much effect on the final outcome.

- The type of damages covered
Several types of damages are applicable when an electronic funds transfer is delayed by the bank:

. Capital loss, loss of interests or the fee paid for the transfer. Under American law these are direct or «general» damages.
Hyman Michaels was not seeking indemnification for direct damages, since the amount transferred was not lost. The debited account did not bear interest and Hyman Michaels paid no fee for the failed transfer.

. Consequential or special damages. These are caused by failure or a delay in carrying out a contractual undertaking (payment of sums of money) leading to imposition of a penalty clause or termination of a highly profitable contract.

The law applied by the Court of Appeal in the Evra case stipulates that only general damages are taken into account and give rise to indemnification unless, at the time the request for transfer of funds

is made, the bank is notified of the type of transaction and the consequences of delayed transfer.

moins que la banque, au moment de la demande de transfert, ne soit avertie de la nature de la transaction et des conséquences d'un transfert tardif.

Swiss Bank was not, therefore, held liable for the consequences of its gross negligence [failure to respond to the telex message], although this uncontestable negligence was the root cause of Hyman Michaels' loss.

La Swiss Bank n'est dès lors pas considérée comme responsable des conséquences de sa négligence grave (absence de réponse au télex envoyé) bien que cette négligence incontestable soit la base (root cause) du préjudice subi par Hyman Michaels.

- Could the sole use of the electronic funds transfer system be considered as sufficient to make Swiss Bank aware of the situation ? The responses to this question varied.

- Le seul recours au système électronique de transmission de fonds doit-il être considéré comme suffisant pour mettre en garde la Swiss Bank ? Les réponses à cette question divergent.

The first judge held that «the fact that the plaintiff was transferring funds by wire rather than through the mail was sufficient to alert Swiss Bank to the importance of the transaction».

Selon le premier juge, «The fact that the plaintiff was transferring funds by wire rather than through the mail was sufficient to alert Swiss Bank to the importance of the transaction» (522 F.Supp.820 (1981) p.833).

Conversely, the Court of Appeal held that «Electronic fund transfers are not so unusual as to automatically place a bank on notice of extraordinary consequence if such a transfer goes awry. Swiss Bank did not have enough information toinfer that if it lost a $ 27,000 payment order, it would face a liability in excess of $ 2 millions».

A l'inverse, la Cour d'appel considère que : «Electronic fund transfers are not so unusual as to automatically place a bank on notice of extraordinary consequence if such a transfer goes awry. Swiss Bank did not have enough information to infer that if it lost a $ 27.000 payment order, it would face a liability in excess of $ 2 millions» (673 Fed 951 p. 956).

Swiss Bank was not given sufficient information to know that it was assuming a liability in excess of $ 2 million if it lost a $ 27,000 payment order.

La Swiss Bank n'était pas suffisamment informée pour prévoir qu'elle assumerait une responsabilité de plus de 2 millions de $ pour avoir perdu un ordre de paiement d'un montant de 27.000 US $.

In its decision, the Court of Appeal appears to have taken account of the absence of a contract between Hyman Michaels and Swiss Bank: «Privity is not a wholly artificial concept, it is one thing to imply a duty to one with whom one has a contract and another to imply it to «the entire world»». However, was Swiss Bank really a third party since, as the court acknowledged, «it knew or should have known, from Continental Bank's previous telexes, that Hyman Michaels was paying the Pandora Shipping Company for the hire of a motor vessel named Pandora».

Dans sa décision, la Cour d'appel semble avoir tenu compte de l'absence de contrat liant Hyman Michaels et la Swiss Bank : «Privity is not a wholly artificial concept. It is one thing to imply a duty to one with whom one has a contract and another to imply it to «the entire world» (p. 956)». En l'occurrence cependant, la Swiss Bank était-elle véritablement un tiers, puisque, comme le reconnaît la Cour, «it knew or should have known, from Continental Bank's previous telexes, that Hyman Michaels was paying the Pandora Shipping Company for the hire of a motor vessel named Pandora» (p. 958).

It can be seen, therefore, that in order to receive compensation, a damage must be foreseeable. This is the basic principle under French law. The

Ainsi donc, pour faire l'objet d'une réparation, un dommage doit être prévisible. C'est le principe en droit

français (C. civ. art. 1150 et s.). De la même façon, seuls les dommages généraux sont réparables selon le droit anglo-saxon. Mais le problème consiste à déterminer concrètement ce qui est prévisible et selon quels critères. La méthode utilisée pour le transfert et la relation «quasi-contractuelle» établie entre le client et la banque correspondante ne doivent-elles pas être prises en compte pour évaluer la prévisibilité ?

same is true under Anglo-Saxon law, whereby compensation may only be paid for general damages. However, the problem here is to determine in fact what is foreseeable and the criteria on which this decision should be based. Should not the transfer method used and the «quasi» contractual relationship between the customer and the correspondent bank be taken into account when assessing foreseeability ?

D'après les banques, la décision ne fournit pas une solution réaliste au problème de la responsabilité bancaire pour dommages indirects (quelle est l'information requise pour que la notification soit considérée comme suffisante ? Est-il vraiment possible en pratique de faire une notification pour plusieurs milliers de messages par jour ?).

In the opinion of the banks, the decision does not provide a realistic solution to the problem of bank liability for consequential damages (what information would be required for adequato notice ? Is it really practicable to send notice for thousands of messages each day ?).

- Quelle diligence peut-on raisonnablement attendre de la part du client et de la part des banques ? Appréciation de la faute.

- What kind of diligence can reasonably be expected from the customer and from the banks ? Assessment of fault.

Si l'on tente d'appliquer le critère traditionnel de la faute, sans nul doute la Swiss Bank a-t-elle commis une faute grave, en ne prévoyant pas un système pour vérifier l'approvisionnement en papier de ses télex. De plus, des employés inexpérimentés s'en occupaient. Selon le premier juge, «such a cavalier attitude towards major transactions by a sophisticated international bank (is) shocking» (p. 829). La Cour d'appel fit elle aussi remarquer la négligence de la Swiss Bank, mais sans en tenir compte dans l'imputation des dommages, car ceux-ci étaient imprévisibles.

If the traditional criterion of fault is applied, there is no doubt that Swiss Bank committed an act of gross negligence by failing to provide a system for checking the telex machines. Furthermore, the telex machines were operated by inexperienced employees. The first judge held that «such a cavalier attitude towards major transactions by a sophisticated international bank [is] shocking». The Court of Appeal also noted Swiss Bank's negligence, but this was not taken into account for allocation of damages, since these were not predictable.

La Continental fut aussi attaquée pour n'avoir pas averti la Swiss Bank que des montants importants étaient en jeu. De plus, aucune banque ne prit les mesures adéquates quand il apparut que le paiement n'avait pas été effectué, perdant 5 ou 6 jours à retrouver trace de l'intervention égarée.

Continental was also criticised for not having notified Swiss Bank that significant sums of money were involved. Neither bank took adequate action when it was discovered that payment had not been made, thus wasting five or six days in tracing the lost instruction.

Assez brièvement, la Cour d'appel insiste sur la négligence de Hyman Michaels. Il est imprudent de sa part d'attendre le tout dernier moment pour ordonner le transfert à sa banque. Selon la Cour, «the action taken was immediate but did not prove to be adequate in that (Continental) Bank required some 5/6 days to trace and effect the lost instruction to remit. (Hyman Michaels) could have ordered an immediate payment - or event sent - a banker's check by hand or special messengers, so that the funds could have

In brief, the Court of Appeal insisted on Hyman Michael's negligence, holding that it was imprudent in waiting until the last possible moment before instructing its bank to make the transfer. In the opinion of the Court, «the action taken was immediate but did not prove to be adequate in that [Continental] Bank required some 5/6 days to trace and effect the lost instruction to remit [Hyman Michaels] could have ordered an immediate payment - or event sent - a banker's check by hand or special messengers, so that the funds could have

reached owner's bank, not later than April 28th».

reached owner's Bank, not later than April 28th» (p. 954).

This last passage is very clear : although recognising the banks' lack of efficiency, it holds the customer responsible for a routine wire transfer and for choosing the best way to effect payment instead of the two banks. The consequence is the following Continental Bank, which was aware of the circumstances surrounding the transaction, was not held liable because non-execution of the payment was caused by a negligent act by Swiss Bank. However, Swiss Bank, which had been manifestly negligent, was not held liable because it has not been notified of the exceptional circumstances of the transmission. Consequently, the customer remained liable for the loss.

Ce dernier passage est très clair : tout en reconnaissant le manque d'efficacité de la banque, il tient le client pour responsable d'un ordre de transfert courant et du choix du mode d'exécution le plus adéquat en lieu et place des deux banques. La conséquence en est la suivante : la Continental Bank, au courant des circonstances entourant la transaction, n'est pas tenue pour responsable parce qu'une négligence de la Swiss Bank est à l'origine de la non-exécution du paiement. La Swiss Bank, pourtant manifestement négligente, n'est pas non plus tenue pour responsable car elle n'a pas été avertie des circonstances exceptionnelles de la transmission. Ainsi, c'est le client qui supporte la perte.

17. Such a result appears unacceptable, Electronic techniques increase the speed with which transfers of funds can be made. It is clear that higher degree of diligence on the part of the parties involved is required. Indeed, the customer has to react promptly when he identifies an anomaly, either by reading the statements of account sent to him by the bank on a regular basis or by notice from his contracting party. However, given the use of electronic techniques, customer's expectations of prompt, reliable and effective service will also be seen as increasingly legitimate.

17. Une telle solution paraît inacceptable. Les techniques électroniques augmentent la vitesse de transmission des fonds. On peut s'attendre à ce que toutes les parties concernées fassent preuve d'une diligence accrue. Sans doute le client doit-il réagir rapidement lorsqu'il constate une anomalie soit à la lecture de ses extraits de compte qui lui parviennent régulièrement de sa banque; soit lorsqu'il en est averti par son cocontractant. Mais avec l'emploi de techniques électroniques, les attentes du client qui compte sur un service fiable rapide et efficace seront elles aussi considérées comme de plus en plus justifiées.

Here, the total lack of adequate security systems must be considered as gross negligence, or as a fault (Article 1382 of the Civil Code).

En ce domaine, le manque total de mesures de sécurité adéquates doit être considéré comme une négligence grave, comme une faute (art. 1382 Code civil).

In the Evra case, both banks were seen to have been negligent. The correct solution should have been to hold both banks jointly liable (responsabilité in solidum) to the customer and to force them to settle the problem of damages between themselves.

Dans le cas Evra, les deux organismes bancaires se sont montrés négligents. La solution équitable aurait consisté à les tenir solidairement responsables (responsabilité in solidum) vis-à-vis du client, en leur laissant ensuite le soin de résoudre le problème de l'imputation des dommages.

However, it should be noted that case law subsequent to Evra has not been established in this way. As far as the author is aware, all the decisions taken since then confirm that the bank cannot be held liable for consequential damages resulting from delayed execution of an order.

Il faut bien admettre cependant que la jurisprudence postérieure à Evra ne s'est pas fixée en ce sens. A notre connaissance, toutes les décisions rendues depuis lors confirment que la banque n'est pas responsable des dommages indirects (consequential damages) résultant d'un retard dans l'exécution de l'ordre (v. p.ex. Central Coordinates Inc. v. Morgan Guaranty Trust Co recensé dans International Financial Law Review, Juillet 1985, p. 37) (3). Les contrats passés entre les banques et le donneur d'ordre se prononcent parfois explicitement en ce sens.

B. Le donneur d'ordre est un consommateur utilisateur particulier agissant pour ses besoins propres

18. Les transferts électroniques de fonds «grand public» fournissent également des indications intéressantes sur l'évolution possible de la responsabilité du banquier en matière de paiement.

Ici encore, les dispositions contractuelles et les applications jurisprudentielles dessinent de nouveaux contours à la responsabilité du banquier, comme le montrent deux décisions jurisprudentielles tirées du droit belge qui sont particulièrement intéressantes car elles répondent à une question tout à fait générale : quelles sont les obligations du banquier auquel le titulaire a notifié la perte ou le vol de ses moyens d'accès, carte et, le cas échéant, code confidentiel. Autrement dit, quelle est la responsabilité du banquier en cas d'*opposition*, d'interdiction de payer signifiée par le titulaire ?

1) Responsabilité du banquier pour inefficacité de l'opposition

19. En Belgique, les contrats passés entre la banque et le titulaire des moyens d'accès aux terminaux installés dans des lieux publics reposent sur le système suivant : le titulaire du compte supporte le risque intégral des opérations effectuées à la suite du vol, de la perte ou de l'usage abusif des moyens d'accès, avant d'avoir signalé les opérations illicites ou le risque d'opérations illicites à la banque et avant que celle-ci ait pu prendre des mesures adéquates pour éviter toute nouvelle opération au moyen de la carte perdue ou volée. Les dispositions relatives à l'administration de la preuve confirment la responsabilité du titulaire. La responsabilité de celui-ci cesse à partir du moment où il a procédé à la notification à sa banque et où celle-ci a pu prendre les normes nécessaires pour éviter la naissance ou l'extension de la perte financière qui pourrait être causée par l'utilisation frauduleuse des moyens d'accès.

Dans les grandes lignes, ce système est commun aux trois «règlements» gouvernant l'utilisation des cartes de paiement en Belgique (Mister Cash, Bancontact, Postomat).

Les articles 8.3 et 8.4. de la Recommandation européenne du 17 novembre 1988 préconisent le même système à cette

B. The transferor is a consumer or a particular user acting in his own interests

18. Electronic funds transfers by the «general public» also have significant effects on the possible development of bankers' liability for payment.

Here again, contractual stipulations and applications of case law add new features to the banker's liability. Two Belgian case law decisions may be considered by way of example which, in the author's opinion, can be used to provide general information because they answer a wholly general question : what are the banker's obligations when the customer notifies him of loss or theft of his means of access (his card and, where applicable, the PIN number) ? In other words, what is the banker's liability in the case of stopped payment - notice of prohibition of payment given by the card holder ?

1) The banker's liability if payment is not stopped

19. In Belgium, contracts drawn up between the bank and customer for orders issued from terminals located in public places are based on the following system. The account holder bears the entire risk of any transactions carried out following the theft, loss of misuse of the means of access, up to the time at which he notifies the bank of illegal transactions or the risk of illegal transaction and up to the time the bank is able to take adequate measures to prevent any further transactions. The stipulations relating to the administration of proof confirm the account holder's liability, which ceases at the moment he notifies his bank or when the bank is able to take the normal measures to avoid commencement or continuation of any financial loss which might result from the fraudulent use of the means of access.

In global terms, this system is common to three «regulations» governing the use of payment cards in Belgium (Mister Card, Bancontact, Postomat).

This system is recommended in Articles 8.3 and 8.4 of the European Guideline of 17 November 1988, with the important proviso that the account

holder's liability, before notification is limited to ECU 150.

réserve près que la responsabilité du titulaire du compte, avant opposition, est *plafonnée* à un montant de 150 écus.

In brief, notification switches the burden of risk before notification, misuse can be due only to negligence or orversight on the part of the account holder. Once notification has been sent and after a reasonable period for the bank to act, it is negligence on the part of the bank (or the company providing the services) which gives rise to any subsequent damages, by not implementing adequate security standards.

Bref, l'opposition fait basculer la charge des risques. Avant qu'il ait été signalé, l'abus ne peut être dû, suivant la philosophie des conventions, qu'à une négligence ou une omission du titulaire. Après qu'il a été signalé et que s'est écoulé le temps raisonnablement nécessaire pour intervenir, c'est la négligence de la banque (ou de la société de services) qui ne prend pas les normes de sécurité adéquates qui cause le dommage ultérieur.

20. This system must be borne in mind in order to understand the decisions of the Liège Commercial Court on 19 January 1984 and the Liège Court of Appeal on 2 February 1985.

20. Il est important d'avoir ce système à l'esprit pour comprendre et apprécier les décisions rendues respectivement par le Tribunal de commerce de Liège le 19 janvier 1984 et par la Cour d'appel de la même ville le 2 février 1985 (4).

The problem relates to fraudulent withdrawals after the loss of a card, namely withdrawals subsequent to notification of the loss by the account holder. The judges had to decide who (the bank or the customer) should bear the loss of the amounts withdrawn (B.Fr. 73,000) between 1 March 1982, when the customer notified the bank that his card was lost, and 19 April 1982, when following complaints from the customer, the bank actually took the necessary measures to make the lost card unusable. As always, there is no easy answer since both the customer and the financial institution had, in effect, failed to fulfil their obligations.

L'hypothèse était celle de retraits frauduleux suite à la perte d'une carte, retraits postérieurs à la déclaration de perte par le titulaire. La question posée aux juges était la suivante : qui, de la banque ou du client, doit supporter la perte des montants prélevés (73.000 FB) entre le 1er mars 1982, moment où le client déclare la perte de sa carte, et le 19 avril 1982, moment où, suite aux récriminations de sa cliente, la banque prend effectivement les mesures nécessaires pour rendre inutilisable la carte disparue ? Comme toujours, la réponse n'est pas facile à donner car tant la cliente que l'institution financière avaient en l'espèce manqué à leurs obligations.

According to the Commercial Court, the customer, contrary to the regulation, had committed a fault by letting his son know his secret code, and had been negligent in not checking his account statements between 1 March and 16 April (the date on which he identified the fraudulent withdrawal). On the other hand, the bank had not taken the necessary measures to prevent use of the card after its disappearance had been notified to the bank.

Selon le Tribunal, la cliente, contrairement au règlement, a commis une faute en communiquant son code secret à son fils et une négligence en s'abstenant de prendre connaissance de ses extraits de compte entre le 1er mars et le 16 avril, date à laquelle elle a constaté les retraits frauduleux. Quant à la banque, elle s'est abstenue de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'utilisation de la carte dès que la disparition lui en a été signalée.

Faults had, therefore, been committed by both parties. Could this justify liability being shared between both parties ? Clearly, both the Commercial Court and the Court of Appeal rejected this solution and held that the bank had sole liability.

Des fautes ont donc été commises de part et d'autre. Un partage de responsabilité se justifie-t-il pour autant ? Très nettement le Tribunal suivi par la Cour d'appel rejette cette solution et conclut à la responsabilité exclusive de la banque.

For obvious reasons, the following justification was given: «whereas ... Article 5 ofthe «Bancon-

D'une motivation très complète, on épinglera l'attendu

suivant: «attendu que ... l'article 5 du règlement «Bancontact» met à charge du banquier une obligation de résultat, tout manquement à celle-ci constituant la cause exclusive (nous soulignons) des retraits effectués après que la banque a pu faire le nécessaire pour les éviter ...» (5).

tact» regulation imposes an obligation of result on the banker, any failure on his part shall constitute the exclusive cause [emphasis supplied] of the withdrawals carried out after the bank had the opportunity to take the necessary steps to prevent such withdrawals».

Bref, la banque a l'entière responsabilité des retraits frauduleux, après l'opposition du client même si celui-ci a auparavant commis la faute de divulguer son code secret à une tierce personne.

In brief, the bank has sole liability for fraudulent withdrawals after notification, even if the customer has previously committed the fault of revealing his secret code to a third party.

2) Responsabilité du banquier à raison de la sécurité du système

2) The banker's liability in relation to the security of the system

21. Deux décisions longtemps inédites ont été rendues par les juridictions de Verviers (6) dans une affaire particulièrement intéressante : le dimanche 31 octobre 1982, le titulaire d'une carte Postomat se fait voler un sac dans son véhicule, sac contenant sa carte ainsi qu'un agenda mentionnant le numéro de code secret. Dès qu'elle s'en rend compte, la victime veut avertir l'Office des chèques postaux mais ne peut le faire que le 2 novembre, à l'ouverture des guichets, le système de réception des avis de perte ou de vol ne fonctionnant pas la nuit, les weekends et les jours fériés. Le voleur, diligent, parvient pendant ce temps à débiter le compte de 40.000 F.

21. Two decisions unpublished for many years were returned by the Verviers courts in a particularly interesting case. On Sunday 31 October 1982, a Postomat card holder had a bag stolen from her car. This bag contained both her card and a diary listing her PIN number. The victim wanted to notify the Post Office as soon as she became aware of the loss, but was unable to do so until 2 November, when the counters opened, since the system for notification of lost or stolen cards did not operate at night, during weekends or on public holidays. The industrious thief took the opportunity to debit B. Fr. 40,000 from the account during the intervening period.

Tout en admettant la faute du titulaire des moyens d'accès, tant le Juge de paix que le Tribunal de première instance de Verviers mettent le préjudice entièrement à charge de la Régie parce que son système ne présente pas une sécurité suffisante, ce qui constitue la cause directe du dommage. Les attendus du Juge de paix sont particulièrement nets à cet égard :

While admitting the fault of the holder of the means of access, the Verviers jurisdiction held that the loss should be borne fully by the Post Office, because its system did not offer adequate security, and thus constituted the direct cause of the damages. The reasons adduced by the conciliation magistrate are particularly clear in this respect :

> «Attendu dès lors qu'à bon droit, le demandeur fait valoir qu'en mettant sur pied un système qui se trouve complètement bloqué au niveau de la sécurité durant les weekends, alors que c'est précisément à ce moment que le système est le plus susceptible d'être utilisé, notamment par les voleurs, sans en avertir de façon claire et précise les utilisateurs, la défenderesse a commis une faute ...
>
> Attendu que la faute commise par la défenderesse rend sans effet la faute préalable commise par le demandeur ...».

> «Whereas with good reason the plaintiff asserts that by implementing a system which is completely unusable at the security level at weekends, while it is at precisely this time that the system is most likely to be used, particularly by thieves, without clearly and precisely notifying users of this fact, the defendant has committed a fault ...
>
> Whereas the fault committed by the defendant renders ineffective the fault previously committed by the plaintiff...».

Confrontées à la question délicate de l'imputation des débits illicites rendus possibles par les fautes concurrentes du client et de l'organisme financier, les juridictions verviétoises tranchent dans le même sens que les juridic-

Faced with this delicate problem of attributing illegal debits made possible by the simultaneous fault of both customer and financial organisation, the Verviers courts decided along the same lines as the Liège Courts : once the customer has

stopped payment, no further causal link exists between a fault committed by him and debits subsequent to stopping payment, for which the bank is exclusively responsible. This raises the basic question of what exactly is the effect of notification. However, the case before the Verviers courts had a different purpose. The aim was to decide who is responsible for the provision of services and the level of security which the consumer is entitled to expect (*see below*).

tions liégeoises : l'opposition faite par le client coupe tout lien de causalité entre la faute commise par celui-ci et les débits postérieurs à l'opposition dont la banque est seule responsable. Se pose donc la question fondamentale de l'effet d'une opposition. Mais l'affaire soumise aux juridictions verviétoises a un autre intérêt : elle pose la question de la responsabilité du fait des services et du niveau de sécurité auquel le consommateur est en droit de s'attendre (v. *infra*).

3) Interim conclusion

3) Conclusion partielle

22. Without reviewing all the case law relating to incorrect or falsified orders resulting from EFTs carried out on behalf of the general public, it can be said that two major factors determine the banker's liability : a legal factor and a technical factor.

22. Sans passer en revue toute la jurisprudence ayant à traiter des ordres faux ou falsifiés en matière de TEF grand public, on peut dire que deux grands facteurs déterminent la responsabilité du banquier, un facteur juridique et un facteur technique.

a) Legal factor : Given the disappearance of the personal elements (such as signature and so on) which can be used to authenticate the transfer order, the financial institutuions take care to specify that data records constitute an admissible or even restricting element of proof if the origin, amount or recipient of the order is disputed. Thus, the following clause : «The customer accepts without reservation that orders are transmitted and carried out in accordance with the data recorded by the Bank. He acknowledges that the data recorded by the Bank is consistent, correct, precise and restricting for all parties». This is clearly designed to render the customer responsible for fraudulent orders transmitted using his means of access. Such clauses relating to proof are valid in principle and they are more likely to be taken into account by the judge if the transfer system is reliable (*see below*).

a) Facteur juridique : les institutions financières, étant donné la disparition des éléments personnels (tels que signature, ...) permettant d'authentifier l'ordre donné, prennent soin de préciser que les enregistrements informatiques constituent un élément de preuve admissible et même contraignant en cas de contestation sur l'origine, le montant ou le destinataire de l'ordre. Ainsi, la clause suivante : «Le client accepte sans réserve que les ordres soient transmis et exécutés conformément aux données enregistrées par la Banque. Il reconnaît les données enregistrées par la Banque comme conformes, correctes, exactes et contraignantes pour toutes les parties». Ceci revient bien entendu à rendre le client responsable des ordres frauduleux émis à l'aide de ses moyens d'accès. De telles clauses sur la preuve sont en principe valables et elles seront d'autant plus facilement prises en considération par le juge que le système de transfert est fiable (ci-dessous).

b) Technical factor : Reliability of the systems implemented, the level of security of these systems will clearly influence the judge's assessment, and therefore the banker's liability.

b) Facteur technique : La fiabilité des systèmes mis en place, le niveau de sécurité de ceux-ci va influencer l'appréciation du juge et donc la responsabilité du banquier.

23. There is trend to impose the banker the obligation to offer a EFT system whereby as discussed earlier, the level of security is reasonable in the light of technical developments, the risks of fraud and the state of the market. Recent papers have explicitly stipulated this obligation such as recommendation of the Jack Report, which indicates that «... Banks should therefore adopt the

23. On peut, semble-t-il, déceler à charge du banquier l'obligation de proposer un système de TEF dont, comme on l'a dit, le niveau de sécurité soit raisonnable eu égard aux développements techniques, aux risques de fraude et à l'état du marché. Certains textes récents énoncent d'ailleurs explicitement cette obligation: ainsi le rapport Jack dans sa

recommandation 10(1) indique-t-il : «... Banks should therefore adopt the principle that an EFT system must meet certain minimum standards in its authorization procedures, so as to provide an acceptable degree of protection for the customer against the consequences of unauthorized instructions ...». Le banquier a d'ailleurs tout intérêt à soigner la sécurité de son système pour plusieurs raisons :

principle that an EFT system must meet certain minimum standards in its authorization procedures, so as to provide an acceptable degree of protection for the customer against the consequences of unauthorized instructions...». It is also in the banker's interest to look after his security system for several reasons.

- Comme il ne peut plus contrôler directement l'authenticité de l'ordre, un système fiable est la seule garantie permettant d'assurer, selon un maximum de probabilité, que l'émetteur de l'ordre est bien l'émetteur autorisé.

- Since he can no longer directly check the authenticity of the order, a reliable system is the only guarantee which will ensure, with maximum probability, that the person issuing the order is indeed the authorised transferor.

- Si le système est fiable, ceci veut dire que l'émission d'un ordre frauduleux est due non à une défaillance du système mais à une négligence du client qui n'a pas respecté les consignes de sécurité (par exemple, communication du code à un tiers). C'est l'hypothèse que retiennent actuellement les tribunaux français et belges qui imposent donc à l'utilisateur la preuve très malaisée de démontrer un défaut de fonctionnement du système.

- If the system is reliable, that is to say if transmission of a fraudulent order is not due to failure of the security system, but rather to a negligent act by the customer who has not observed the security instructions (such as not disclosing the PIN nomber to a third party). This is the solution currently adopted by the French and Belgium Commercial Courts, which require the user to prove a malfunction of the system which is not an easy task.

- Si le système est fiable, c'est-à-dire si les conditions de fonctionnement et de conservation des supports sont correctes, le juge aura tendance en cas de conflit à accorder beaucoup de crédit aux enregistrements informatiques produits par la banque et à présumer que l'ordre, même s'il est frauduleux, doit effectivement être imputé au titulaire des moyens d'accès.

- If the system is reliable, that is to say if the operating and media storage conditions are correct, in disputed cases, the judge will set great store by the data records procuded by the bank and will assume that the order, even if it is fraudulent, must effectively be imputed to the holder of the means of access.

- Le système *doit* être suffisamment sûr pour pouvoir mettre en oeuvre de façon rapide et efficace les défenses de payer notifiées par l'utilisateur car, de plus en plus, la jurisprudence et les dispositions législatives récentes (EFTA, loi danoise sur les cartes, recommandation européenne, ...) considèrent qu'une fois l'opposition notifiée, la responsabilité du titulaire des moyens d'accès est définitivement dégagée.

- The system must be sufficiently safe to be able to quickly and effectively stop payment when notification is received from the user, since, more and more, case law and legal stipulations (EFTA, Danish law relating to cards, European guideline, and so on) consider that once notification to stop payment has been received, the holder of the means of access is definitively released from liability.

SECTION 2. LES RELATIONS INTERBANCAIRES

SECTION 2. INTERBANK RELATIONS

24. Dans les relations interbancaires, les problèmes de responsabilité ne sont pas moins délicats à résoudre. Quelles sont les obligations de vigilance et de diligence des différents banquiers ? Ces questions complexes doivent tenir compte de l'aménagement des relations entre les partenaires au transfert, suivant que ceux-ci font ou non

24. The problems of liability are no less delicate in the case of interbank relations. What are the obligations of the various bankers in terms of vigilance and diligence ? These complex problems must take account of the development of relations between the partners in the transfer, which will decide whether they are part of an electronic

message transfer (SWIFT) or electronic funds transfer (chips) network.

partie d'un réseau de transfert électronique de messages (SWIFT) ou de fonds (CHIPS) qui fixe lui-même certaines règles en matière de responsabilité.

A. Between banks operating outside an interbank netwirk

A. Entre banques travaillant en dehors d'un réseau interbancaire

25. The most «straightforward» case is where two banks are involved in the transfer, both of which accuse the other of lack of diligence. American case law provides several interesting examples of this type of litigation.

25. Le cas le plus «simple» est celui qui oppose deux banques impliquées dans un transfert, celles-ci se reprochant mutuellement d'avoir manqué de vigilance ou de diligence. La jurisprudence américaine fournit quelques exemples intéressants de ce genre de litiges.

1) Obligation of diligence

1) Obligation de diligence

26. The first example does not involve electronic fund transfers in the true sense of the word, but rather the obligation of diligence which applies between banks with computerised cheque processing systems. It is relevant, however, because it gives rise to the following question: to what extent does failure of a data processing system constitute a case of force majeure?

26. Le premier exemple ne concerne pas des transferts électroniques de fonds à proprement parler mais l'obligation de diligence qui s'applique entre banques traitant des chèques de façon informatisée. Il est significatif cependant parce qu'il pose la question suivante : dans quelle mesure une panne de système informatique constitue-t-elle un cas de force majeure ?

In the United States, the «midnight deadline» rule applies between the drawee bank and the depositary bank. This is the period during which the drawee bank must return an unhonoured cheque, after which it will be held definitively liable for payment of the cheque.

Aux Etats-Unis joue entre banque tirée (drawee bank) et banque présentatrice (depositary bank) la règle du «midnight deadline», celui-ci étant le délai dans lequel la banque tirée doit retourner le chèque non provisionné sous peine d'être définitivement tenue du paiement de celui-ci.

However, the American commercial code stipulates a number of circumstances which release the drawee bank from the consequences of a delay in returning the cheque: «interruption of communication facilities ... war, emergency conditions or other circumstances beyond the control of the bank provided it exercises such diligence as the circumstances require».

Le Code de commerce américain prévoit cependant un certain nombre de circonstances exonérant la banque tirée des conséquences d'un retard dans le retour du chèque: ... «interruption of communication facilities, ... war, emergency conditions or other circumstances beyond the control of the bank provided it exercises such diligence as the circumstances require» (7).

Can the drawee bank use the excuse of a failure in its data processing system in order to discharge itself from the consequences of a delay in returning an unpaid cheque ? American case law appears to have developed somewhat in the response it gives to this question.

La banque tirée peut-elle se prévaloir d'une défaillance de son système informatique pour s'exonérer des conséquences d'un retard dans le retour d'un chèque impayé ? La jurisprudence américaine paraît avoir évolué dans la réponse qu'elle apporte à cette question.

27. In *Port City State Bank v American National Bank*, a memory error in the American National Bank's data processing system made it totally inoperative, just after it was installed. The consequence was that several cheques were returned

27. Dans l'affaire *Port City State Bank v. American National Bank* (8), une défaillance dans le système informatique de l'American National Bank (memory error) rend celui-ci totalement inopérant peu après son installa-

tion. Conséquence : plusieurs chèques sont renvoyés hors délai. La Cour considère que l'événement échappe au contrôle de la banque tirée et que celle-ci a fait preuve d'une diligence suffisante en appelant directement le fournisseur du système qui avait garanti une réparation rapide. Toujours selon la Cour, on ne peut reprocher à l'American National Bank de n'être pas revenue à une procédure de traitement manuel qui avait disparu de la banque. Quand il apparaît clairement que la réparation prendrait plus de temps que prévu, l'American National Bank recourt aux services de back up d'une autre banque (9). Elle est donc fondée, eu égard aux circonstances et aux mesures prises pour en limiter la portée, à se prévaloir de l'exonération prévue par le Code.

after the stipulated deadline. The court held that the event was beyond the drawee bank's control and that the bank had shown sufficient diligence in immediately calling in the system supplier who guaranteed rapid rectification of the situation. The court also held that American National Bank could not be criticised for not reverting to a manual processing procedure, because this was no longer in operation at the bank. As soon as it became clear that the repair would take longer than expected, American National Bank engaged the back-up services of another bank. There were, therefore, reasonable grounds for exercising the exculpation stipulated in the Code, given the circumstances and the steps taken to limit the extent of the damage.

A mesure cependant que l'informatique se diffuse, révélant ses secrets et ses défaillances, les cours et tribunaux américains tendent à se montrer plus sévères dans leur appréciation.

However, as data processing systems become more widespread, and are starting to reveal their secrets and inadequacies, the assessments of the American courts are becoming increasingly severs.

28. Ainsi dans *Blake v. Woodford Bank & Trust Co.* (10), la Cour estime que le grand nombre de chèques à traiter pendant la période de Noël combiné à la pause d'une machine automatique de triage (posting machine) n'est pas un événement imprévisible (11) exonérant la banque tirée de son obligation de respecter la «midnight deadline». Il semble que les cours et tribunaux américains ne considèrent plus automatiquement que les défaillances de l'informatique soient nécessairement imprévisibles (Act of God) et qu'ils examinent les circonstances concrètes de l'incident. En particulier, ils mettent l'accent sur l'existence ou l'absence au sein de la banque de procédures de sauvetage ou de back-up (contingency plans) permettant de prévenir les incidents ou d'en limiter la gravité.

28. Thus, in *Blake v Woodford Bank & Trust Co.* the court held that the large number of cheques to be processed over the Christmas period, combined with an interruption in the operation of the automatic posting machine, was not an unforeseeable event which could release the drawee bank from its obligation to observe the midnight deadline. It appears that the American courts no longer automatically consider failures in a data processing system to be necessarily unforeseeable (act of God) and that they now examine the actual circumstances behind the incident. In particular, they emphasise the need for back-up procedures and contingency plans which enable incidents to be foreseen or at least limit their effects.

29. D'où un premier élément peut-être encore embryonnaire : l'obligation pour la banque d'assurer la sécurité de son système comprend l'obligation de mettre en oeuvre un certain nombre de mesures de back-up permettant d'assurer la *continuité* du service, *même en cas de panne de système informatique*. Cette remarque est importante et elle se vérifie quand on considère l'ampleur des mesures de back-up et de sécurité prises par les grands réseaux comme SWIFT ou CHIPS.

29. The bank's obligation to ensure that its system is secure also comprises the obligation to implement a certain number of contingency plans which will ensure *continuity* of the service, *even if the data processing system fails*. This is important and clearly illustrated by the wide range of back-up procedures and contingency plans made by the large networks, such as SWIFT or CHIPS.

2) Obligation de vigilance

2) Obligation of vigilance

30. La seconde série d'exemples, toujours tirés de la

30. The second set of examples, again drawn from

American case law, involves credit orders sent electronically between banks. The problem starts when a fraudulent transfer order is issued by a bogus transferor. The transfer order it then transmitted electronically between the banks. The fraud is successful when the depositary bank credits the indicated account number without no of the discrepancy between the number and name of the transferee. Which bank is responsible : the sending bank (because it did not detect the fraud affecting the transfer order) or the receiving bank (because it did not check that the transferee's account name and number both tallied) ?

jurisprudence américaine, concerne des ordres de crédit donnés électroniquement entre banques. Au départ, on trouve un ordre de transfert frauduleux émanant du pseudo donneur d'ordre. Cet ordre de transfert est ensuite transmis par voie électronique entre les banques; la fraude réussit quand la banque destinataire crédite le numéro de compte indiqué sans s'apercevoir de la discordance du numéro avec le nom du bénéficiaire. Quelle est la banque responsable, la banque émettrice pour n'avoir pas décelé la fraude affectant l'ordre de transfert, la banque destinataire pour n'avoir pas contrôlé la concordance entre le nom et le numéro de compte du bénéficiaire ?

31. American case law does not give a standard answer to this delicate problem.

31. A cette question délicate, la jurisprudence américaine n'a pas donné de réponse uniforme (12).

In the case of *Securities Fund Services v American National Bank and Trust Company of Chicago*, the sending bank was defrauded by persons who, by forging the signature of a Mr Bushman, transferred $ 2,0170857.50 to the account of «John Bushman Trustee // 204471». The receving bank credited the account number in question without noting that Mr Bushman did not have an account with them. The perpetrators of the fraud withdrew the funds and disappeared with the money. The sending bank reimbursed Mr Bushman and took action against the receiving bank.

Dans l'affaire *Securities Fund Services v. American National Bank and Trust Company of Chicago* (13), la banque émettrice abusée par des fraudeurs imitant la signature d'un sieur Burhman transfère $ 2.017.857,50 au compte de «John Bushman Trustee // 204471». La banque destinataire crédite le numéro de compte en question sans remarquer que le sieur Bushman n'a aucun compte chez elle. La suite est connue: les fraudeurs disparaissent avec les fonds. La banque émettrice rembourse le sieur Bushman et se retourne contre la banque destinataire.

The court upheld the plea and considered that the receiving bank as sending bank's «agent», had a duty of reasonable care towards their client. The receiving bank had an obligation to detect the discrepancy between the name and number of the account and was responsible to the sending bank for the damages resulting from its failure to do so, namely the lost funds.

La Cour fait droit à la demande en considérant que la banque destinataire en tant qu'«agent» de la banque émettrice a un devoir de prudence vis-à-vis de celle-ci (duty of reasonable care) (14). La banque destinataire a l'obligation de déceler la discordance entre le nom et le numéro de compte et répond vis-à-vis de la banque émettrice des conséquences dommageables de son manquement, c'est-à-dire la perte des fonds (15).

32. The facts of *Bradford Trust Co. v Texas American Bank Houston* are worth describing in greater detail because they provide a concrete example of the ingenuity of certain criminals and the possible effects on the banks' control systems. Two «artistes» (sic) arranged to buy some rare items and other valuable objects from colonial Coins, a Houston-based company. The transaction amounted to some $ 800,000 which the two perpetrators of the fraud undertook to pay by transferring the funds from «their» account held at Bradford Trust (the sending bank) to colonial coins' account at Texas American Bank in Houston (which later became Southern Bank - the

32. Les faits de *Bradford Trust Co v. Texas American Bank Houston* (16) méritent d'être exposés avec plus de détails parce qu'ils montrent concrètement l'ingéniosité des fraudeurs et les points d'impact possibles pour le contrôle des banques. Deux «artistes» (sic) s'arrangent pour acheter des pièces rares et autres objets de valeur à une firme de Houston, Colonial Coins. Montant de la transaction: 800 000 $ que les deux fraudeurs s'engagent à payer en transférant les fonds de «leur» compte tenu par Bradford Trust (sending bank) au compte de Colonial Coins tenu par la Texas American Bank - Houston (devenue ultérieure-

ment Southern Bank - receiving bank). Les deux fraudeurs envoient un faux à Bradford Trust lui demandant de vendre pour 800 000 $ de titres appartenant à un certain F. Rochefort et de transférer les fonds au compte de F. Rochefort, n° de compte 057-141. Le numéro de compte en question était en réalité celui de Colonial. M. Rochefort n'ayant aucun compte à la Texas American Bank, Bradford Trust ordonne à sa banque correspondante, la State Street Bank, de procéder au transfert, ce qui fut fait via Fedwire.

A la réception des fonds, la banque destinataire (Texas American Bank) informe Colonial du crédit de son compte. Colonial délivre alors les valeurs aux fraudeurs qui disparaissent sans laisser de traces. La supercherie est découverte quand le véritable F. Rochefort informé du retrait par Bradford, lui signale qu'il ne l'a pas autorisé. Bradford recrédite le compte de F. Rochefort et poursuit la banque destinataire en récupération des fonds.

Au premier degré, la Cour répartit la perte entre la banque émettrice et destinataire, les jugeant toutes deux négligentes. La Cour d'appel infirme la décision. Tout en reconnaissant que la banque destinataire a commis une faute en ne remarquant pas la discordance, elle considère que c'est à la banque émettrice de supporter entièrement le dommage : étant donné qu'elle traite plus directement avec les fraudeurs, elle est aussi plus apte à éviter la perte (in the best position to avoid the loss) (17).

La solution retenue dans Bradford Trust aboutit à exonérer la banque destinataire de l'obligation de vérifier la concordance entre le nom du bénéficiaire et le numéro de compte mentionné dans l'ordre. Elle a été tantôt critiquée (18) tantôt approuvée (19) (v. *infra*).

33. *Le guide juridique de la CNUDCI* envisage explicitement l'hypothèse où la banque destinataire reçoit un ordre contenant une discordance entre le nom du bénéficiaire et le numéro de compte (20).

Tout en reconnaissant que certains systèmes juridiques peuvent imposer aux banques de vérifier la concordance entre le nom et le numéro de compte, le Guide estime que le développement rapide des transferts électroniques de fonds va de pair avec une limitation de la vérification du banquier destinataire au seul numéro de compte.

receiving bank). A forged message was sent to Bradford Trust, asking them to buy for $ 800,000 some shares belonging to a Mr F. Rochefort and to transfer the funds to F. Rochefort's account, n° 057-141. In fact, the account number in question was colonial's. Since Mr Rochefort did not have an account a Texas American Bank, Bradfort Trust ordered its correspondent bank (State Street Bank) to make the transfer, which was done via Fedwire.

On receiving the funds, the receiving bank (Texas American Bank) informed Colonial that its account had been credited. Colonial then delivered the valuables to the perpetrators of the fraud who disappeared without trace. The fraud was discovered when the real F. Rochefort, who had been informed of the withdrawal by Bradford, indicated that it had not been authorised by him. Bradford recredited F. Rochefort's account and took action against the receiving bank in order to recover the funds.

Initially, the court divided the loss between the sending and receiving banks, judging that both had been negligent. The Court of Appeal overturned the decision. While acknowledging that the receiving bank had been negligent in not noting the discrepancy, the court held that the sending bank should bear the damages in full. Since it had had most dealings with the perpetrators of the fraud, it was also in the best position to avoid the loss.

The solution in the Bradford Trust case involved releasing the receiving bank from its obligation to verify the agreement between the transferee's name and the account number in the order. This decision has been both criticised and approved (*see below*).

33. *The Legal Guide of the UNCITRAL* explicitly envisages the hypothesis whereby the receiving bank receives an order containing a discrepancy between the transferee's name and the account number.

While recognising that some legal systems might stipulate that the banks must check the concordance between the transferee's name and the account number, the Guide considers that the rapid development of electronic fund transfers also implies that the checks carried out by the receiving banker are limited solely to the account number.

Technical developments appear to support this. Checking the transferee's name can prove impossible with batch processed instructions or in the case of card transactions from automated teller machines or point of sale terminals.

L'évolution technique paraît bien militer en ce sens. Un contrôle du nom du bénéficiaire s'avère parfois impossible pour des messages envoyés par lots (batch processed instructions) (21) ou encore dans des opérations déclenchées par carte, à partir de guichets automatiques ou de terminaux points de vente.

It could remain possible to check the agreement of certain orders involving particularly large sums or those which are transmitted individually. The Legal Guide appears to prescribe limitation of the scope of the receiving bank's control procedure, and, therefore, that the risks should be borne by the sending bank - at least for orders involving limited sums.

Seuls certains ordres d'un montant particulièrement élevé et transmis «à la pièce» et non par lots pourraient encore faire l'objet d'un contrôle de concordance (22). Au moins pour les ordres d'un montant limité, le Guide juridique paraît donc prôner une limitation de la vérification par le banquier destinataire et donc une prise en charge des risques d'incidents par le banquier émetteur (23).

This recommendation simply highlights a trend which is repeated in various subsequent UNCITRAL documents.

Il ne s'agit là que d'une tendance sur laquelle paraissent revenir certains documents ultérieurs de la CNUDCI (24).

34. The new Article 4A of the Uniform Commercial Code, which has already been adopted by twelve American states, stipulates in a series of very complex provisions (sections 207 and 208) that a bank may rely only on the account number in order to identify the recipient of the order, without being required to determine whether the name and account number describe the same person. However, the bank in question must not be aware of any discrepancy between the name and account number.

34. Quant à l'*Article 4A nouveau* du Uniform Commercial Code (25) déjà adopté par une douzaine d'Etats américains, il prévoit dans une série de dispositions très complexes (sections 4 A - 207 et 4 A - 208) qu'une banque destinataire peut se fier au seul numéro de compte pour identifier le bénéficiaire de l'ordre, sans avoir à déterminer si le nom et le numéro de compte désignent la même personne. Il faut cependant que la banque en question ne soit pas elle-même au courant de la discordance entre nom et numéro de compte.

B. Influence of interbank networks and their regulations

B. Incidence des réseaux interbancaires et de leurs règlements

35. It is not possible to discuss the existing interbank provisions in detail here, but several general trends may be indicated in the distribution of liability for error or fraud between the network provider and the participating financial institutions. SWIFT unarguably provides the most detailed regulations in this respect.

35. Il n'est pas possible d'entrer ici dans le détail des dispositions interbancaires. On se limite à donner quelques tendances générales sur la répartition des responsabilités pour erreur ou pour fraude entre le gestionnaire du réseau et les institutions financières participantes. A cet égard, SWIFT fournit incontestablement la réglementation la plus détaillée.

1) Liability of the clearing house or network provider

1) Responsabilité de la chambre de compensation ou du gestionnaire du réseau

36. The CHIPS rules (rule 15) stipulate almost total exculpation and note that:

36. Les règles CHIPS (rule 15) prévoient une exonération quasi totale et indiquent:

«... the Clearing House shall have no liability whatsoever to any participant or any other person for any loss, liability or expense suffered by such partici-

«... the Clearing House shall have no liability whatsoever to any participant or any other person for any loss, liability or expense suffered by such participant or person arising from the Clearing House's acts or

omissions in connection with the system including without limitation a loss resulting directly or indirectly from a failure to store, release, authenticate or otherwise process a payment message or administrative message, from an error caused by the system, from the system's failure to record properly a bilateral limit (or modification thereof) or failure to calculate and record properly a debit cap ...».

pant or person arising from the Clearing House's acts or omissions in connection with the system including without limitation a loss resulting directly or indirectly from a failure to store, release, authenticate or otherwise process a payment message or administrative message, from an error caused by the system, from the system's failure to record properly a bilateral limit (or modification thereof) or failure to calculate and record properly a debit cap...»

La seule exception à cette exonération est la fraude commise à l'intérieur du système lui-même. Celle-ci est couverte par une assurance contractée par CHIPS à concurrence d'un plafond maximum de 25 millions de dollars par incident (rule 16b).

The only exception to this exculpation is the case of fraud committed within the actual system. This is covered by an insurance policy taken out by CHIPS to a maximum ceiling of 25 million dollars per incident (rule 16b).

De façon générale cependant, CHIPS s'exonère de sa responsabilité en cas d'erreur due au système lui-même. Celle-ci doit être réglée directement par les adhérents en fonction de leur utilisation moyenne quotidienne de CHIPS. Il en va de même en cas de fraude émanant du système lui-même quand elle excède les 25 millions assurés (rule 16b).

However, in a general manner, CHIPS is releasing itself from liability in the case of an error resulting from the actual system. This must be directly borne by the participants on the basis of the average daily use of CHIPS. The same is true in the case of fraud committed within the actual system, where the amount exceeds the 25 million insured (rule 16b).

Un exemple très parlant cité par M. Lingl (26) permet de mesurer la portée de l'exonération. Soit un transfert de 5 000 $ devenus 1 million de dollars suite à une erreur du système. Si la banque destinataire libère le montant au pseudo bénéficiaire avant d'avoir été avertie de l'erreur, ce sera à elle (ou aux participants) à supporter le dommage.

One very telling example cited by M. Lingl can be used to measure the scope of exculpation, whereby a $ 5,000 transfer becomes $ 1 million following a system error. If the receiving bank releases the amount to the ``pseudo'' transferee before it is notified of the error, it (or the participants) will have to bear the damages.

37. SWIFT, par contre, accepte une responsabilité plafonnée en cas d'inexécution des services promis, étant entendu que cette responsabilité commence à partir de l'acceptation du message par le réseau jusqu'à sa délivrance à la banque destinataire. L'article 21.5.1. du «SWIFT II Policy» indique clairement : «SWIFT is responsible for the complete international network. Looking at it from the user's point of view, this means that SWIFT is responsible for the message from the time it reaches SWIFT-owned equipment».

37. In contrast, SWIFT accepts limited liability where the promised services are not delivered. It is understood that this liability starts the moment the message is accepted by the network and lasts until it is delivered to the receiving bank. Article 21.5.1. of the «SWIFT II Policy» clearly indicates : «SWIFT is responsible for the complete international network. Looking at this from the user's pint of view, it means that SWIFT is responsible for the message from the time it reaches SWIFT owned equipment».

Des engagements explicites sont pris sur la qualité des services fournis:

Explicit undertakings are made in relation to the quality of the services provided:

- *rapidité* : l'ordre des messages est affecté d'une priorité correspondant à l'urgence de la transmission (article 18.3; Cfr. aussi 22.4.3.)

- *rapidity* : the order of the messages is allocated a priority level which corresponds to the urgency of the transmission (Article 18.3 ; see also 22.4.3);

- *sécurité* : il s'agit de sauvegarder à la fois l'*intégrité* et la *confidentialité* des messages ce qui se traduit notamment

- *security* : this involves ensuring both the integrity and confidentiality of messages, and is demons-

trated, in particular, by:
- procedres relating to connection to the network (Log-in function - Article 17.1)
- message numbering (Article 18)
- error detection, ...

par:
- des procédures concernant la connection au réseau (Log-in function: art. 17.1)
- l'encryptage des messages pris en charge par SWIFT
- la numérotation des messages (art. 18)
- la détection d'erreurs, ...(27)

- *availability* of the service, which is, in principle accessible seven days a week and 24 hours a day (chapter 4). This is demonstrated by the major back-up systems which have been implemented (Article 21.6).

- *disponibilité* du service en principe accessible 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 (chapitre 4), ce qui se traduit par des systèmes de secours importants (back-up, art. 21.6).

SWIFT's liability is limited in two ways.

La responsabilité de SWIFT connaît une double limite.

a) First SWIFT is responsible only for direct damages, that is to say for the loss of the amount stipulated in the message and for the resulting loss of interests.

a) SWIFT n'est responsable qu'à raison du dommage direct, c'est-à-dire pour la perte du montant qui fait l'objet du message ainsi que pour la perte d'intérêts en résultant.

The conditions under which this liability may be applied are specified in minute detail (Article 23.4.2.) :
- negligence on the part of SWIFT in the performance of the promised services or security measures;
- fraud committed by SWIFT employees or contractors responsible for operating the system and fraud committed by third parties (persons neither directly nor indirectly employed by SWIFT), namely persons for whom SWIFT is not responsible but for which SWIFT bears the risk.

Les conditions dans lesquelles cette responsabilité peut être engagée sont soigneusement précisées (art. 23.4.2.) :
- manquement de SWIFT dans l'exécution des services ou des mesures de sécurité promises;
- fraude émanant d'employés ou de contractants engagés par SWIFT pour le fonctionnement du système mais aussi fraude émanant de *tiers* (persons neither directly nor indirectly employed by SWIFT), c'est-à-dire de personnes dont SWIFT n'est pas responsable sur base d'une faute de choix ou d'un quelconque lien de subordination mais dont SWIFT supporte le risque.

However, for SWIFT to be liable, the users must have fulfilled the rules and procedures stipulated in the User Handbook.

Encore faut-il, pour que la responsabilité de SWIFT soit engagée, que les utilisateurs aient satisfait aux règles et procédures prévues dans le manuel d'utilisation (User Handbook).

b) Second, SWIFT's liability has a fixed ceiling (Article 23.4.3). In principle, this is B. Fr 3 billion in the case of a direct loss resulting from fraudulent or dishonest acts committed by SWIFT employees. The same ceiling generally applies to errors or failures arising from within the actual system (see Article 23.4.3 for further information), although a retention of B.Fr. 2 million is borne by the user.

b) Un plafond est fixé à la responsabilité (art. 23.4.3.). Celui-ci est en principe de 3 milliards de francs belges en cas de perte directe résultant d'actes frauduleux ou malhonnêtes commis par des employés de SWIFT. Le même plafond s'applique en général pour les erreurs ou manquements émanant du système lui-même (pour plus de détails, art. 23.4.3.). Une franchise de 2 millions de francs belges reste à charge de l'utilisateur (28).

38. Both systems stipulate a more or less traditional *force majeure* clause which prevents the system manager from being held liable for events beyond its control, particularly those caused by the public utilities (particularly the PTT), catastrophe, political strife, and so on.

38. Dans les deux systèmes est prévue une clause de force majeure assez classique exonérant le gestionnaire du système pour les événements échappant à son contrôle, notamment fait du Prince (PTT notamment), catastrophe, troubles politiques ...

Il est néanmoins intéressant d'observer, comme le montre dans le cas de SWIFT l'importance des procédures de back-up, que le gestionnaire se sent obligé d'assurer la *continuité* du service et de limiter les effets de la force majeure.

Nevertheless, it is interesting to note that the network provider feels obliged to ensure the *continuity* of the service and to limit the effects of force majeure (the SWIFT example shows the importance of contingency plans).

S'il n'est évidemment pas fautif de suspendre l'exécution de ses obligations par suite d'un cas de force majeure, il est par contre fautif de ne pas faire tout le nécessaire pour en empêcher ou pour en limiter les effets.

If it is not necessarily negligent to suspend fulfilment of obligations following a case of force majeure, it is, on the other hand, negligent not to take all the necessary steps to prevent or limit the effects.

2) Responsabilité des institutions participantes

2) Responsibility of the participating institutions

39. Ici encore SWIFT fournit une illustration intéressante du type d'obligation qui peut incomber aux membres du réseau.

39. Here again, SWIFT provides an interesting example of the type of obligation which might affect the network members.

Les adhérents sont responsables du contenu des messages et du bon fonctionnement des transmissions entre leur terminal et le concentrateur régional (Cfr. art. 2 1 .5.2.) .

The participants are responsible for the content of their messages and for the transmission between their terminal and the regional concentrator (see Article 21.5.2.).

a) SWIFT *impose* à ses adhérents une *obligation de disponibilité* qui se manifeste sur deux plans :
- des exigences quant aux heures d'ouverture ou de réception de messages (art. 21.3 impose un minimum de 7 heures par jour entre 8h00 et 18h00);
- des exigences quant aux mesures de recours (back-up) à prévoir en cas de défaillance du terminal principal (art 21.6).

a) SWIFT *imposes* an *obligation of availability* on its participants which is manifested on two levels :
- requirements relating to opening hours or times at which messages can be received (Article 21.3 imposes a minimum of seven hours per day between 8.00 and 6.00 p.m.);
- requirements relating to back-up measures to be implemented if the main terminal fails (Article 21.6).

b) En ce qui concerne la *sécurité*, SWIFT *recommande* à ses adhérents d'encrypter les messages jusqu'à leur réception par le concentrateur régional. SWIFT *impose* l'authentification dans certains cas et pour certains types de messages (art. 22).

b) In terms of security, SWIFT *recommends* that the participants encrypt messages until they reach the regional processor. SWIFT *imposes* authentification in certain cases and for certain types of message (Article 22.1.2.2.).

c) Tant en ce qui concerne les défaillances du système que les retards dans les transferts, SWIFT prévoit de façon détaillée les obligations et responsabilités à charge des différentes parties (voir art. 22.3 et 22.4).

c) As far as system failures and delayed transfers are concerned, SWIFT stipulates in detail the obligations and liabilities applicable to the various parties (see Articles 22.3 and 22.4).

Sans entrer dans le détail, il paraît intéressant de relever l'accent mis sur l'*obligation* des participants de *respecter une certaine «normalisation»* prescrite par SWIFT et sur une *obligation de diligence accrue* (obligation de signaler rapidement une défectuosité du système et de réagir rapidement aux avis de SWIFT signalant une défectuosité du système).

It is interesting to note the emphasis placed on the obligation of the participants to respect a degree of standardisation prescribed by SWIFT and on an obligation of heightened diligence (obligation to notify rapidly any defect in the system and to react rapidly to notices from SWIFT indicating a defect in the system).

d) A system such as SWIFT comprises three stages based on the apportionment of risk. The sending bank bears the risk until the message is delivered, SWIFT covers the period from delivery of the message until it is transmitted to the receiving bank, which is then liable once the message is received.

d) Un système comme celui de SWIFT comprend 3 étapes basées sur l'attribution du risque. La banque émettrice supporte le risque jusqu'à la délivrance du message, SWIFT couvre la période allant de la délivrance du message à sa transmission à la banque destinataire, cette dernière étant responsable dès la réception du message.

Much more could be said on the role of SWIFT as a standardisation platform, guardian of records (Article 22.1.1.) certifier or even arbitrator.

Il y aurait beaucoup à dire encore sur le rôle de SWIFT comme plate-forme de normalisation, gardien des messages, certificateur ou même arbitre.

Conclusions

Conclusions

40. Flaubert said that ineptitude consists of jumping to conclusions. The author is not going to risk a definitive opinion on a subject which is in a state of constant flux. Several important ideas, however, may be highlighted.

40. Flaubert disait que l'ineptie consiste à conclure. On ne va donc pas se risquer à émettre une opinion définitive sur une matière en évolution constante. Qu'il soit permis de mettre en évidence quelques idées importantes.

1° The obligation of security - the obligation to implement reliable systems is a major principle within the field of EFT's.

1° L'obligation de sécurité, l'obligation de mettre en place des systèmes fiables apparaissent avec force dans le domaine des TEF.

2° It is apparent that as systems become ever more technically complex, the basis for liability is also developing, and must be judged in terms of *risks* to be shares, rather than in terms of fault to be established. This in turn raises new questions. Are contractual exceptions to the distribution of risks acceptable ? Does Force Majeure, which pays an exculpatory role in relation to fault, continue to play this role if liability is based on risk ?

2° Il semble qu'avec la complexité technique grandissante des systèmes, le fondement de la responsabilité tende à se modifier et qu'il faille raisonner plus en termes de *risques* à partager plutôt qu'en termes de faute à établir. Ceci pose à son tour de nouveaux problèmes. Va-t'on admettre des dérogations contractuelles à la répartition des risques ? La force majeure qui a un rôle exonératoire en matière de faute le conserve-t-elle si la responsabilité repose sur le risque ?

The concept of risk is linked to a more weighty liability borne by the banks. This involves the idea of a *presumption of liability* towards their customers or even of a *responsibility of the transferring bank* towards the transferor for any incident which might occur on the network. The *objective liability* of the banks or of *no-fault liability* is also frequently mentioned.

A cette idée de risque est liée l'idée d'une responsabilité plus lourde des banques. On évoque ainsi l'idée d'une *présomption de la responsabilité* des banques vis-à-vis de leur clientèle ou encore d'une *responsabilité de la banque transférante* vis-à-vis du donneur d'ordre pour tout incident survenant sur le réseau. On parle également très fréquemment de *responsabilité objective* des banques ou de *responsabilité sans faute.*

None of these concepts is new. Many of the legal questions discussed (foreseeability, privity and so on) are no longer new, but are multiplied and brought to light once more by the use of new information technologies which are becoming ever faster, more complex and involve an increasingly large number of actors.

Tous ces concepts ne sont pas neufs. Beaucoup de questions juridiques évoquées (prévisibilité, relativité des conventions, ...) ne sont pas non plus nouvelles mais multipliées et réactivées par le recours aux nouvelles technologies de l'information, plus rapides, plus complexes et faisant intervenir un nombre sans cesse croissant d'acteurs.

Évaluer sans cesse la pertinence des règles existantes à la lumière de situations nouvelles et tenter d'appliquer les premières aux secondes, c'est là travail de juriste.

Continual evaluation of the existing rules in the light of new situations this is the work of the lawyer.

Notes

1. Ce texte reprend de façon légèrement remaniée une conférence donnée à la Chambre de Commerce Internationale le 24 avril 1991. On a volontairement réduit le nombre de références en bas de page. Une bibliographie est présentée en fin de texte.

2. Cette définition s'inspire de celle proposée par M. Vasseur «Le paiement électronique Aspects juridiques», *J.C.P.*, 1985,1, 3206 n°7.

3. Pour plus de détails, S. Karageorgiou, Electronic Funds Transfers: Technical & Legal Overview, Thèse, London 1990, p. 273 et s.

4. Sur ces décisions et pour un commentaire, B. Amory et X. Thunis, note sous Trib. comm. Liège 1984 *Dr. Inform.* 1984/2, p. 29; B. Amory, note sous Liège 22 février 1985 *Dr. Inform.* 1985/3, p. 28.

5. Pour rappel, l'article 5 du règlement Bancontact indique notamment qu'en cas de perte ou de vol de la carte, «l'institution financière prendra les mesures nécessaires pour en empêcher l'utilisation frauduleuse».

6. J.P. Verviers 29 novembre 1984 et civ. Verviers 8 janvier 1986 *D.I.T.* 1988/3 p. 58 et s. note M. Schauss.

7. UCC s. 4-108.

8. 486 F2d 196 (10th Cir. 1973).

9. Id p. 198.

10. Ky App., 555 S.W. 2d 589.

11. Id. p. 595-597; pour un autre cas *Bank Leumi Trust Co.*, 499 F. Supp. 102 (1980).

12. On se contente ici de retracer les tendances principales. Pour un exposé de la jurisprudence américaine, E. Patrikis «Developments in the Law of Large-Dollar Electronic Payments in the United States», *RDAI* 7/1987, R. Effros, «A Primer on Electronic Fund Transfers», in *The Law of International Trade Finance*, Norbert Horn (ed.), Kluwer 1989, p. 176 et s.; H.S. Koh, «Liability for Lost or Stolen Funds in Cases of Name and Number Discrepancies in Wire Transfers: Analysis of the Approaches Taken in the United States and Internationally», 22 *Cornell Int'l L.J.* 1989, p. 98 et s.

13. 542 F. Supp. 323 (ND. Ill. 1982).

14. Id. p.327.

15. Pour un aperçu des différentes théories sur lesquelles la Cour se fonde, R. Effros, *op. cit.*, p. 177 qui commente un autre cas similaire *Shearson / American Express v. American National Bank* (Slip. Op. N° 83 - C - 0555, 18 August 1983). En l'espèce, Shearson avait demandé à la Chemical Bank de virer (wire) 1 million de $ à l'American National Bank à Chicago au bénéfice de I. Mazer n° de compte 244074. En réalité, I. Mazer n'avait pas de compte dans cette banque. L'American National Bank avait néanmoins crédité le compte indiqué sans remarquer la différence.

16. 790 F. 2d 407 (5th Cir. 1986).

17. Id. p.410.

18. H.S. Koh, *op. cit.*, p. 104 et s.

19. E. Patrikis, *op. cit.*, p. 642.

20. UNCITRAL, *Legal Guide ..., p.* 37 et s.

21. op. cit., p. 127 et s.

22. *Op. cit.*, p. 128.

23. *Op. cit.*, p. 128 *in fine*; voy aussi H.S. Koh, *op. cit.*, p. 104.

24. Voy A/CN.9/WG.IV/WP.49 8 octobre 1990, p. 47 et s. Si le bénéficiaire est désigné à la fois par des mots et par des chiffres et qu'il y a défaut de concordance, la banque du bénéficiaire devrait en aviser l'expéditeur.

25. Federal Register / Vol. 55, n° 194/ October 5, 1990 / Rules and Regulations p. 40.

26. *op. cit.*, p. 634.

27. Voir l'énumération contenue à l'article 22.1.1.; concrètement la banque émettrice entre en contact avec le réseau SWIFT via la procédure de *log-in* sur base d'un mot de passe secret qui permet à SWIFT d'identifier l'émetteur. L'émetteur envoie alors un message avec *authentificateur* (une clé télégraphique qui garantit l'origine des informations transmises). L'intégrité du message est garantie par le *check sum*. Lors de la réception du message, SWIFT envoie un accusé de réception (*acknowledgement*).

28. En ce qui concerne l'indemnisation de la perte d'intérêts résultant d'un paiement tardif, v. art. 23.5.

*
* *

BIBLIOGRAPHIE

B. Amory et X. Thunis, «Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en droit continental», Litec, 1987, p. 69-115.

B. Amory et Y. Poullet, «Les relations contractuelles banques entreprises entourant la mise à disposition de services télématiques bancaires», *Banca e Borsa*, 1988, p. 350385.

A. Arora, *Electronic Banking and the Law*, IBC Financial Books 1988.

E. Bergsten, «Legal aspects of the International Electronic Funds Transfers», *R.D.A.I.*, 7/87, p. 649-668.

A. Bruyneel, «Le virement», in *La Banque dans la vie quotidienne*, Ed. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1986, p. 370-450.

D. Carton, «Aspects juridiques des ordres de virement transmis par télex», *D.I.S.E.P.* Octobre 1985, p. 4.

C.N.U.D.C.I., «Commentaires relatifs au projet de loi type sur les virements internationaux», Rapport du Secrétaire général, 18 septembre 1989, A/CN 9/WG IV/WP 44 (53 pages).

E. de Lhoneux, «Télématique et droit monétaire», in «La Télématique», Story Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 287-302.

R. Goode, *Electronic Banking*, London, 1986.

J. Jetton, «Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.: consequential damages for bank. Negligence in wire transfers» *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 9 - 1983, p. 369-402.

S. Karageorgiou, *Electronic Funds Transfers*, Technical & Legal Overview, Thèse, London, 1990.

H.S. Koh, Liability for Lost or Stolen Funds in cases of Name and Number Discrepancies in Wire Transfers: Analysis of the Appraches Taken in the United States and Internationally» 22 *Cornell Int'l L.J.*, 1989, p. 98 et s.

H.F. Lingl, «Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund transfers : CHIPS and SWIFT», *Harvard Int'l Law Journal*, vol. 22, number 3, Fall 1981, p. 621-630.

Y. Poullet et X. Thunis, «Réflexions sur le mouvement électronique de fonds», in «La Télématique», Story-Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 259-271.

Y. Poullet et G. Vandenberghe (Eds), «*Telebanking-Teleshopping and the Law*», Kluwer, Deventer, 1988.

M. Schauss et X. Thunis, «*Aspects juridiques du paiement par carte*», Cahier du C.R.I.D. n° 1, 1988, 125 P.

H.S. Scott, «Sur les transferts interbancaires par télétransmission aux Etats-Unis», *R.I.D.C.*, 4-1985, p. 967-984.

D. Syx, «Le transfert électronique de fonds : le droit hésitant face à une réalité galopante», in «*La Télématique*», Story-Scientia, Gand 1985, tome 2, p. 221-249.

M. Vasseur, «Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiements», *Rev. de la banque*, 1982, p. 592 et s.

M. Vasseur, «Le paiement électronique. Aspects juridiques», *La Semaine Juridique*, 1985, I, 3206.